Ueber den Begriff

und die

praktische Bedeutung des Zwischenstreites

nach der

Civilprozess-Ordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

Juristenfacultät zu Rostock

vorgelegt von

Rudolf Faull.

88

Schwerin 1893.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553619_0190

Inhaltsübersicht.

§. 1: Nothwendigkeit einer Begriffsbestimmung für die praktische Bedeutung des Zwischenstreites und die Existenz eines Zwischenstreitbegriffes.

A. **Der Zwischenstreit unter den Parteien.**

I. Abtheilung: Der Begriff.

§. 2: Das zur Begriffsbestimmung dienliche Material. Uebersicht.
§. 3: Der Zwischenstreit unter den Parteien ist nicht Streit zur Hauptsache.
§. 4: Prüfung des gewonnenen Resultats.
§. 5: Aeusserer Zusammenhang des Zwischenstreits mit einem anhängigen Prozesse.
§. 6: Der Charakter des Zwischenurtheils, und die Fähigkeit des Zwischenstreits, durch Zwischenurtheil entschieden zu werden.
§. 7: Der Zwischenstreit unter den Parteien hat zur Voraussetzung obligatorische mündliche Verhandlung.
§. 8: Schlussfolgerungen und Darlegung des Gebiets des Zwischenstreits.
§. 9: Die Polemik Birkmeyer's.
§. 10: Das Verhältniss des Zwischenstreits zu den selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln.
§. 11: Abwehr der sich an §. 331 der C.-Pr.-O. knüpfenden Bedenken.
§. 12: Entstehung des Zwischenstreits. Begriffsbestimmung.

II. Abtheilung: Die praktische Bedeutung.

§. 13: Feststellung der Parteirollen.
§. 14: Das Princip der Mündlichkeit, die Verhandlungsmaxime und die Officialthätigkeit des Gerichts im Zwischenstreit.
§. 15: Die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden.
§. 16: Die Befugniss des Gerichts zur Anordnung abgesonderter und getrennter Verhandlung über den Zwischenstreit.
§. 17: Die Befugniss der Parteien zur Herbeiführung getrennter Verhandlung über einen Zwischenstreit.
§. 18: Zulässigkeit und Wirkung abgesonderter Entscheidung.

§. 19: Die bindende Kraft von Zwischenurtheilen über die Instanz hinaus.
§. 20: Gerichtsgebundenheit nach Erlass eines selbstständig anfechtbaren Zwischenurtheils bezüglich der Fortsetzung des Verfahrens in der Instanz.
§. 21: Zulässigkeit des Versäumnissverfahrens und des Versäumnissurtheils im Zwischenstreit.
§. 22: Vortheile der Einführung von Versäumnisszwischenurtheilen für die Parteien.
§. 23: Die Befugniss des Gerichts zum Erlasse eines Eidesbeweisbeschlusses und bedingten Zwischenurtheils.
§. 24: Die Entscheidung über die Kosten des Zwischenstreits.

B. **Der Zwischenstreit mit Dritten.**

§. 25: Der Begriff.
§. 26: Entstehung und Verhandlung des Zwischenstreits mit Dritten.
§. 27: Beendigung des Zwischenstreits mit Dritten.
§ 28: Vergleichung der beiden Zwischenstreitsarten.

Benutzte Litteratur.

Archiv für civilistische Praxis, Band 63 S. 390 f. (Schwalbach: Die Prozessvoraussetzungen im Reichscivilprozess.)
Band 64 S. 1 f. (Bülow: Dispositives Civilprozessrecht.)
„ 65 S. 59 f. (v. Amsberg: Prorogatio fori und contumacia.)
„ 66 S. 22 f. (Birkmeyer: Die Streiteinlassung des Beklagten)
S. 314 f. (von Kräwel: Praktische Bemerkungen zu der Lehre vom Zwischenurtheil.)
„ 79 S. 108 (Hergenhahn.)
Birkmeyer, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichscivilprozesses (1883).
Bolgiano, Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts (1879).
Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozess. (Im Folgenden citirt einfach mit Busch):
Band IV S. 321 f. (Müller: Beschreiten Zwischenversäumnissurtheile die Rechtskraft?)
„ VI. S. 464 f. (Uebel: Aus der Praxis.)
„ VII. S. 1 f. (Seuffert: Endurtheil, Devolutiveffekt und Zurückverweisung.)
S. 281 f. (Meyer: Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits.)
„ IX. S. 305 f. (Meyer: In welchen Fällen ist nach der Civilprozessordnung der Erlass eines Versäumnissurtheils zulässig?)
„ XI. S. 1 f. (Fitting: Ueber die Folgen von Mängeln des Verfahrens.)
Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.
Fitting, Lehrbuch des Reichscivilprozesses, 6. Auflage. (Die 7. Auflage war mir nicht zugänglich.)
Francke, Die Nebenparteien der deutschen Civilprozessordnung.
Gaupp, Commentar zur C.-Pr.-O. 1. Auflage und 2. Auflage bis §. 471.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Rassow und Küntzel). (Im Folgenden einfach citirt als Gruchot's Beiträge.)
Band 22. (v. Bülow: Glossen zur C.-Pr.-O.)
„ 24 S. 170. (Westerburg: Der Einwand der unzulässigen Klageänderung.)
S. 228. (Voss: Eidesversäumniss und Verhandlungsversäumniss.)
S. 749 f. und 859 f. (Schepers: Die Befugniss des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung.)

Band 25 S. 620 f. und 802 f. (Fischer: Ueber die Bestimmung und Bekanntmachung der Termine etc.)
„ 26 S. 457 f. (Kritik Schollmeyer's.)
„ 27 S. 1 f. (Oppenheim: Zu §§. 248, 276 der C.-Pr.-O.)
S. 177 f. (Hoffmann: Der Eidesbeweisbeschluss des §. 426.)
„ 30 S. 1128. (Entsch. des R.-G's. vom 12. Mai 1886.)
„ 34 S. 750. (Desgl. vom 24. Oct. 1889.)

Hahn, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung.
Hellmann, Commentar, 1. Auflage.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss.
v. Kries, Rechtsmittel.
Litterar. Centralblatt 1881 S. 605.
Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart, Band V S. 283 f. (Brettner: Zur Lehre von dem Zwischenurtheile unter den Parteien.)
Petersen, Commentar, 2. Auflage.
Planck, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Band I und 1. Abth. von Band II.
Reincke, Commentar, 2. Auflage.
v. Sarwey, Commentar.
Schollmeyer, Der Zwischenstreit unter den Parteien.
Seuffert, Commentar, 5. Auflage.
Siebenhaar, Commentar.
Struckmann und Koch, Commentar, 5. Auflage.
Troll, Das Versäumnissurtheil.
Wach, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung (1879). Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Band I.
Wilmowski und Levy, Commentar, 6. Auflage.

Die Commentare, sowie das Schollmeyer'sche Buch sind nur nach den Namen der Verfasser und zwar der Gaupp'sche Commentar nach der 2. Auflage, die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen als Entsch. des R.-G's. citirt.

Die Paragraphen der Civilprozessordnung sind nur nach der Paragraphenzahl schlechthin citirt.

§. 1.

Nothwendigkeit einer Begriffsbestimmung für die praktische Bedeutung des Zwischenstreits und die Existenz eines Begriffs des Zwischenstreits.

Unsere Civilprozessordnung hat vielfach davon Abstand genommen, diejenigen Begriffe, auf denen ihr System aufgebaut ist, zu definiren. Insoweit diese Begriffe aus einem früheren Prozessrecht in gleicher bekannter Bedeutung übernommen sind, wird der Theorie allerdings die Feststellung des Inhalts derselben sehr erleichtert, aber nicht immer ist ihr Ursprung ohne Weiteres zu ermitteln, oft sind die aufgestellten Begriffe völlig originäre, oder es ist zwar der Ausdruck übernommen, ihm aber in dem System des Gesetzes eine ganz andere Bedeutung als die frühere verliehen. Die Schwierigkeiten steigern sich noch, wenn in der Civilprozessordnung gar derselbe Ausdruck für verschiedene Begriffe gebraucht wird und sich nur unter schärfster Beobachtung des ganzen systematischen Zusammenhangs erkennen lässt, welchen Begriff im Einzelfalle das Gesetz mit dem Ausdruck bezielt, und welches neue besondere Begriffselement eventuell durch die einzelne Gesetzesvorschrift konstituirt wird.

Alle diese Schwierigkeiten kehren in hohem Maasse wieder bei dem im Gesetz häufig erwähnten Zwischenstreit. Die Motive (S. 217) sprechen von zwei Arten desselben, dem Zwischenstreit der Parteien unter sich und dem der Parteien oder einer Partei einerseits mit einem Dritten andererseits, aber das Gesetz kennt nur den einen Ausdruck „Zwischenstreit". Aus den Motiven ergiebt sich, dass die beiden Arten scharf von einander unterschieden werden müssen, weil sich an ihren Thatbestand grundverschiedene Rechtswirkungen knüpfen.

Weder das Gesetz noch die Motive geben aber einen deutlich erkennbaren Anhalt, wie die Begriffsbestimmung zu erfolgen hat,

ob nur aus den einzelnen diesbezüglichen Vorschriften oder unter Zuhülfenahme eines früheren Prozessrechts. Und doch ist eine scharfe Begriffsbestimmung unbedingt nöthig, um die betreffenden Vorschriften überhaupt anzuwenden und zwar so anzuwenden, wie es dem Sinne und System der Civilprozessordnung entspricht. Der ganze Prozess kann eine veränderte Gestalt bekommen, je nachdem man in einem bestimmten Streitfalle einen Zwischenstreit annimmt oder ablehnt. Nur dann, wenn die Frage des Vorliegens eines Zwischenstreits bejaht wird, kann ein Termin lediglich zur Verhandlung über ihn bestimmt und ein blosses Versäumniss-Zwischenurtheil (§. 312 Abs. 2) erlassen werden, nur dann, wenn die Frage verneint, aber das Vorliegen eines selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels angenommen wird, kann ein bedingtes Zwischenurtheil (§. 426) ergehen. Ueberhaupt werden erst durch die Klarlegung des Begriffes des Zwischenstreits in seinen beiden Arten alle sich auf ihn beziehenden Vorschriften der Civilprozessordnung in das rechte Licht und dem Verständniss näher gerückt werden.

Allerdings entsteht grade beim Zwischenstreit die Frage: wird sich eine Begriffsbestimmung überhaupt ermöglichen lassen? Für den Zwischenstreit unter den Parteien ist das Gegentheil oft behauptet worden, und schon in den Motiven wird diese Auffassung bestätigt. Es heisst daselbst Seite 217: „Derjenige Zwischenstreit, dessen Erledigung durch Zwischenurtheil in Gemässheit des §. 265 (§. 275 des Gesetzes) erfolgen kann, bewegt sich unter den Parteien selbst. Inwieweit unter diesen einzelne Verhandlungen als Zwischenstreit anzuerkennen sind, lässt sich durch das Gesetz nicht absolut fixiren. Die Verhandlungen über die Edition von Urkunden werden meist den Charakter eines Zwischenstreits an sich tragen; die Verhandlungen über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden können sich ebenso wie das Verfahren, welches die Erklärung über die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstande hat, zu einem Zwischenstreit gestalten."

Also selbst die von den Motiven gewählten Beispiele eines Zwischenstreits unter den Parteien sind nach deren Auffassung nicht immer zutreffend, sie sind es nur „meist" oder „können" es sein.

Darnach scheint es ganz vom Ermessen des Gerichts abzuhängen, ob es einen beliebigen Streitpunkt als Zwischenstreit ansehen und ihn so behandeln will. Dies war auch die Meinung der meisten Commentatoren aus der ersten Geltungszeit des Gesetzes. Festgehalten haben im Wesentlichen an ihr noch in neuerer Zeit Brettner (Magazin für das deutsche Recht der

Gegenwart 1885, Band 5, S. 285) und Struckmann und Koch (Anm. 1 zu §. 275).

Nach den letzteren folgt es nicht aus der Natur der Sache, ob ein Streitpunkt ein Zwischenstreit im Sinne des Gesetzes ist, sondern es sei vielfach Sache einer verständigen Prozessleitung im einzelnen Falle. — Aber mit der Einschränkung auf das „verständige" richterliche Ermessen ist jedenfalls wenig gewonnen, denn dies ist nur die ausdrückliche Hervorhebung des Selbstverständlichen, dass der Richter da, wo Etwas in sein Ermessen gestellt ist, nur motivirt handeln, nur sein verständiges Ermessen walten lassen darf.

Der Grund aber, warum die Auffassung der Motive eine unrichtige ist, liegt positiv darin, dass die Civilprozessordnung vielfach da, wo sie von Zwischenstreiten spricht, dieselben in Gegensatz bringt zu verschiedenen Begriffen, welche einen ganz bestimmten, unabänderlichen Inhalt zweifellos haben, z. B. in den §§. 191, 275, 312, 315, 426 — die nähere Begründung bleibt der späteren Darstellung vorbehalten —, negativ aber darin, dass nirgends im Gesetz dem Richter ausdrücklich die Befugniss beigelegt ist, einen beliebigen Streitpunkt zum Zwischenstreit zu erklären. Dies letztere wird auch von den Gegnern nicht geleugnet. Es ist aber auch bei der Interpretation eines Gesetzes davon auszugehen, dass der Gesetzgeber da, wo er bestimmte wichtige Rechtsfolgen an das Vorliegen eines unter einem Ausdruck zusammengefassten Thatbestandes knüpft, sich auch etwas bestimmtes, vom Willen des Richters unabhängiges unter dem Thatbestand dieses Ausdrucks gedacht hat.[1]) Sache der gegnerischen Auffassung ist es, ihre abweichende Meinung aus dem Gesetze zu rechtfertigen, und dies ist derselben nicht gelungen.[2]) Wenn Struckmann und Koch a. a. O. sagen, das richterliche Ermessen habe hier ebenso seine Stelle, wie bei der Beurtheilung, ob ein Streit zur Entscheidung, zum Erlass eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif ist, so ist dies kein Beweis. Richtig ist nur, dass, wenn ein Streit vorliegt, es vom verständigen Ermessen des Richters abhängt, welche Entscheidung zu fällen ist. Struckmann und Koch werden aber nicht bezweifeln wollen, dass die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsstreit vorliegt, von dem richterlichen Willen unabhängig ist. Der Richter kann nicht jeden Streit zum „Rechtsstreit" machen. Ebenso aber wird es auch wohl beim Zwischenstreit sein: ob ein Zwischenstreit vorliegt, entscheidet nur das Gesetz, wie er zu entscheiden ist, bestimmt die vernünftige Erwägung des Richters im einzelnen Falle.

[1]) Vergl. Windscheid's Pandecten, 7. Auflage, Band I, §. 21, Anm. 6. — Wach (Handbuch) I. S. 275, No. 2.

[2]) Vergl. Schollmeyer, S. 1—6.

Die unbestritten jetzt herrschende Meinung[3]) hält daher daran fest, dass der Begriff des Zwischenstreits ein festgegebener ist und es weichen die Vertreter derselben nur in der Bestimmung dieses Begriffes im Einzelnen von einander ab. Welches das Richtige ist und welche praktische Bedeutung der so gewonnene Begriff in der Civilprozessordnung hat, wird die folgende Erörterung nachzuweisen versuchen. Dabei wird davon auszugehen sein, dass die beiden bereits erwähnten Arten des Zwischenstreits zunächst von einander getrennt zu behandeln sind, da beide im Gesetz mit verschiedenen Rechtswirkungen ausgestattet sind, also an sich verschieden sein müssen. Erst der Vergleich der erzielten Resultate wird lehren, ob doch eine innere Zusammengehörigkeit der beiden gleichnamigen Institute besteht.

A. Der Zwischenstreit unter den Parteien.

Abtheilung I.: Der Begriff.

§. 2.

Das zur Begriffsbestimmung dienliche Material. Uebersicht.

I. Die Mühe der Ermittelung des Begriffes eines Zwischenstreits unter den Parteien würde wesentlich erleichtert werden, wenn eine historische Anknüpfung möglich wäre. Es hat aber bereits Schollmeyer[1]) mit triftigen Gründen ausgeführt, dass auf das gemeine Prozessrecht zurückzugehen hier fruchtlos sein würde. Dagegen ist von anderer Seite[2]) behauptet worden, dass die Quelle unseres Zwischenstreits im französischen Prozesse zu suchen sei. Ob diese Behauptung richtig ist, dies zu beantworten, muss einem gewiegten Kenner des französischen Prozessrechts überlassen werden. An dieser Stelle soll daher nur der Versuch gemacht werden, aus der Civilprozessordnung selbst die constituirenden Begriffsmerkmale zu eruiren.

---

[3]) Die Begründer derselben sind v. Bülow in Gruchot's Beiträgen Band XXII (1878) S. 813 ff. und Wach (Vorträge über die Reichscivilprozessordnung, 1879, S. 88 ff.). Ihnen haben sich angeschlossen Schollmeyer, Seuffert (Anm. 4 zu §. 275), Gaupp (Anm. 2 zu §. 275), Wilmowsky und Levy (Vorbemerkung zu §. 119 S. 203), Birkmeyer (Rechtsfälle S. 42, 43), Fitting (Lehrbuch §. 38 Anm. 5), Westerburg in Gruchot's Beiträgen Band XXIV S. 177, Schepers daselbst S. 763, 764, Planck, Lehrbuch I. S. 456, und andere mehr.

[1]) Schollmeyer, Vorbemerkung S. III—V.

[2]) Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss, S. 5. Die Kritik Schollmeyers im Literar. Centralblatt 1881, S. 605.

II. In dieser Beziehung kommen in Betracht zunächst diejenigen Vorschriften, wo das Gesetz selber gewisse Thatbestände als Zwischenstreit bezeichnet, wie es der Fall ist in den §§. 331, 217 Abs. 4, 430. In den beiden letzten Paragraphen, wird zwar nicht ausdrücklich vom Zwischenstreit gesprochen, aber doch der Erlass eines Versäumnissurtheils angeordnet, das nicht ein solches zur Sache ist, sondern nur ein Versäumnisszwischenurtheil sein kann, und dieses kann nach §. 312 Abs. 2 nur beim Vorliegen eines Zwischenstreits erlassen werden.[3]) Diese 3 Gesetzesstellen werden wenigstens einen positiven Anhalt für die Prüfung des anderweitig gewonnenen Resultats liefern.

Völlig bei Seite gelassen werden müssen aber die in den Motiven S. 217 (vergl. auch daselbst §. 7 Abs. 5 [S. 30]) gewählten Beispiele von Zwischenstreiten. Denn wenn die Motive selber diese Beispiele als nicht immer durchschlagend betrachten, so können dieselben auch einer Begriffsbestimmung nicht zu Grunde gelegt werden.

Dagegen wird von grosser Wichtigkeit sein das negative Resultat, zu welchem die an verschiedenen Stellen geschehene Gegenüberstellung des Zwischenstreits mit anderen prozessualen Begriffen führt. Vergl. die §§. 191 Abs. 1, 275, 312, 315; auch die §§. 123 und 462 werden von Relevanz sein. Soweit in diesem Gegenüberstellen ein bewusstes In-Gegensatz-Bringen liegt, wird das Gebiet dieser Begriffe aus dem Gebiet des Zwischenstreits auszuscheiden sein. Wichtige Schlüsse wird ferner der prozessuale Charakter des Zwischenurtheils ergeben, durch welches nach §. 275 über einen Zwischenstreit entschieden werden kann.

Das Schlussresultat endlich wird uns die systematische Gliederung des Prozesses, sowie die Natur der den Prozess überhaupt beherrschenden Normen gewähren.

§. 3.

Der Zwischenstreit unter den Parteien ist nicht Streit zur Hauptsache.

In §. 191 Abs. 1 heisst es:

„Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will."

---

[3]) Vergl. bezüglich der §§. 217 Abs. 4, 430, die Entsch. des R.-G's. Band 27 S. 358, bezw. Band 13 S. 398.

Hieraus folgt zunächst zweierlei, nämlich

1) positiv: Ueber einen Zwischenstreit ist mündliche Verhandlung möglich, vielleicht wegen der Gleichstellung mit der Verhandlung über die Hauptsache sogar obligatorisch,

2) negativ: Der Inhalt der Verhandlung über die Hauptsache ist verschieden von dem der Verhandlung über den Zwischenstreit.

An diesem Orte interessirt nur das sub 2 angegebene Resultat. Dass dasselbe richtig ist, dürfte nicht zu bezweifeln sein, dazu ist der Gegensatz zu deutlich ausgesprochen. Nun ist „Hauptsache" allerdings in der Civilprozessordnung kein unabänderlicher, sondern ein relativer, für den einzelnen Paragraphen besonders festzustellender Begriff. Aber in der Verbindung mit „mündlicher Verhandlung", die im Gesetze häufig wiederkehrt, ist ihre Bedeutung doch wieder eine einheitliche. Sie bezeichnet dann die eigentliche materielle Streitsache (res in judicium deducenda sive deducta), also das den Gegenstand des Verfahrens bildende Privat-Rechtsverhältniss (Anspruch, Streitsache in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung).[1])

Die mündliche Verhandlung über die Hauptsache umfasst aber alles, was die Parteien in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung über das Streitverhältniss zur Erreichung ihres Zweckes dem erkennenden Richter vortragen.[2])

Die vom Kläger (Widerkläger) ausgehende Erörterung besteht in Kürze aus der Stellung des Sachpetitums, aus der Darlegung der Thatsachen, aus denen folgen soll, dass das von ihm zum Gegenstand des Prozesses gemachte Rechtsverhältniss materiell begründet sei, in der Benennung der Beweismittel, in Rechtsauseinandersetzungen, weshalb die von ihm behaupteten und bewiesenen Thatsachen das fragliche Rechtsverhältniss begründen. Die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache kann zunächst liegen in der Stellung des Gegensachantrages, im einfachen Bestreiten der vom Kläger angeführten Thatsachen und im Benennen von Gegenbeweismitteln, sowie in Gegen-Rechtsdeduktionen, sodann aber in dem Vorschützen von rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen oder von Exceptionen im eigentlichen Sinne einschliesslich der Beweismittel und erforderlich erscheinenden Rechtsdeduktionen, gegen die dann wieder eine ähnliche Gegenvertheidigung des Klägers möglich ist u. s. w. Immer aber ist Bedingung, dass durch die Erörterung der Prozessgegenstand als

[1]) Eingehend dargestellt bei Wach, Handbuch I, S. 292, Anm. 92.
[2]) S. Entsch. des R.-G's., Band X, No. 120.

materiell begründet, bezw. als materiell unbegründet dem erkennenden Gericht dargelegt werden soll.

Ob das Vorgebrachte geeignet ist, diesen Zweck zu erfüllen, ist irrelevant. Weil aber Alles, was die Parteien in dieser Weise über das den Gegenstand des Verfahrens bildende materielle Rechtsverhältniss vortragen, mündliche Verhandlung zur Hauptsache ist, deswegen ist auch eine nur theilweise Erörterung, eine Erörterung nur eines Theils des Streitverhältnisses doch immer noch mündliche Verhandlung zur Hauptsache. Das blosse Verlesen des Antrages seitens des Beklagten kann unter Umständen schon genügen zur Rechtfertigung der Annahme, dass er, wenn auch vielleicht nur unvollständig, doch zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, dann nämlich, wenn der Antrag mehr als das nackte Sach-Petitum enthält, d. h. wenn in ihm thatsächlich auch eine Erwiderung auf die sachlichen Auslassungen des Gegners, selbst wenn diese von demselben erst nachträglich vorgetragen werden können, zu finden ist.[2])

Hieraus aber folgt, dass Alles, was eine Erörterung der eigentlichen materiellen Streitsache ist, sei es in thatsächlicher oder rechtlicher Beziehung, und mag sie ausgehen vom Kläger oder vom Beklagten, niemals den Inhalt eines Zwischenstreits bilden kann.

Den Gegenstand des Verfahrens bildet aber nicht bloss dasjenige materielle Rechtsverhältniss, welches durch Klagerhebung oder Anstellung einer Widerklage einschliesslich der Praejudicial-Incident-Widerklage in judicium deducirt ist, sondern auch dasjenige, welches durch sonstige Prozesshandlungen, die einer Klagerhebung nur gleichstehen, zum Gegenstand des Verfahrens gemacht ist, also z. B. durch Klageänderung (§§. 235 No. 3, 241) oder durch Erweiterung des Klagantrags (§. 240 No. 2) einschliesslich der Praejudicial-Incident-Feststellungsklage (§. 253).[3])

Inwieweit diese Rechtsverhältnisse Prozessgegenstand werden, ergiebt sich eben aus der Prozesshandlung, durch die sie in judicium deducirt werden, also aus der Klage, Widerklage, Klagerweiterung etc. Entscheidend sind also die Grenzen, in denen der prozessuale Rechtsschutz in Anspruch genommen wird.[4]) Gleichgültig ist es, ob die betreffende Prozesshandlung gesetzlich zulässig ist oder nicht. Auch durch eine unzulässige Klage- oder Widerklageerhebung, Aenderung des Klagegrundes etc. wird ein

---

[3]) Schollmeyer, S. 14 f. Dass die einfache Ladung im Falle des §. 237 der formellen Klagerhebung gleichsteht, darüber s. Entsch. des R.-G's., Band 11, S. 317. Bezüglich des §. 72 vergl. Seuffert, Anm. 4 zu §. 72.

[4]) Wach, Handbuch S. 13, 368 f. Seuffert, Anm. 1 zu §. 3.

Rechtsverhältniss Prozessgegenstand, und seine Erörterung ist Verhandlung zur Hauptsache.[5]) Allerdings bringt dann die in der Prozesshandlung liegende Vitiosität es mit sich, dass es möglicherweise zu einer Entscheidung über das betreffende Rechtsverhältniss garnicht kommt, dass die Prozesshandlung als solche wegen ihrer Vitiosität vom Richter verworfen wird, ohne dass es auf die vorgetragene Erörterung des Rechtsverhältnisses überhaupt ankommt. Aber auch nur möglicherweise! Denn wenn der Richter die Vitiosität der Prozesshandlung nicht erkennt, so entscheidet er über das Rechtsverhältniss selber; wird dies Urtheil rechtskräftig, so wird damit auch die Vitiosität der das Rechtsverhältniss in judicium deducirenden Prozesshandlung geheilt.[6]) Z. B. Kläger hat eine unzulässige Klagänderung vorgenommen, Beklagter hat derselben rechtzeitig widersprochen und darauf sich auf die abgeänderte Klage eingelassen. Diese Einlassung ist im Sinne des Gesetzes mündliche Verhandlung zur Hauptsache.[7]) Findet der Richter, dass die Klageänderung eine unzulässige war, so stellt sich hiermit heraus, dass die Einlassung des Beklagten auf die abgeänderte Klage von Anfang an überflüssig war, die abgeänderte Klage wird als unzulässig zurückgewiesen und event. über die alte Klage zur Sache entschieden.[8]) Kommt er aber in Folge eines Irrthums zu dem Resultat, dass die Klageänderung gültig war, so entscheidet er zur Sache über die neue Klage, und diese Entscheidung ist gültig, sobald sie rechtskräftig geworden ist.[9]) Ebenso ist es bei den übrigen Prozesshandlungen.

Das gewonnene Resultat wäre also:

Inhalt eines Zwischenstreits unter den Parteien kann nicht sein jegliche Erörterung des den Gegenstand eines Prozesses bildenden, materiellen Rechtsverhältnisses.

Man könnte hier vielleicht den Einwand machen und sagen: wenn es auch richtig ist, dass selbst eine bloss theilweise Erörterung des materiellen Prozessgegenstandes immer noch mündliche Verhandlung zur Hauptsache ist, so ist es doch möglich — da ja nach den Motiven der Zwischenstreit kein fest fixirter Begriff ist —, dass das Gericht einen bestimmten Theil der Hauptsache, etwa den Klagegrund oder eine Einrede, herausgreift

---

[5]) Von der Erörterung dieses Rechtsverhältnisses selbst ist scharf zu trennen die Erörterung, ob das Rechtsverhältniss zulässiger Weise in judicium deducirt ist!

[6]) Kohler: Der Prozess als Rechtsverhältniss, insbesondere S. 12 f., 56 f.

[7]) Seuffert, Anm. 1 zu §. 241.

[8]) Daselbst Anm. 2 sub e. Gaupp, Anm. 1 zu §. 241.

[9]) Es ist daher nicht richtig, wenn Schollmeyer (S. 14 sub 1) annimmt, Streitgegenstand sei nur der durch gültige Klageänderung erhobene Anspruch.

und ihn zum Zwischenstreit erklärt. Das Verhandeln über diesen abgegrenzten Theil ist dann zwar Verhandeln zur Hauptsache, wird aber wegen der erfolgten gerichtlichen Erklärung Zwischenstreit genannt. — Diese Argumentation kann aber aus einem innern, aus §. 123 folgenden Grunde nicht richtig sein.[10]) Nehmen wir an, der Beklagte hätte im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache den Einwand der Zahlung erhoben, das Gericht erklärte darauf diesen Einwand für einen Zwischenstreit, der Kläger aber beantragt Vertagung der Verhandlung, weil ihm das auf diesen Zwischenstreit bezügliche neue Vorbringen des Beklagten nicht rechtzeitig mitgetheilt ist. Sofort erhebt sich die Frage, ob die diesen Einwand begründenden Thatsachen dann rechtzeitig mitgetheilt wären, wenn der betreffende vorbereitende Schriftsatz eine Woche, oder, weil es sich jetzt um einen Zwischenstreit handelt, schon dann, wenn er mindestens 3 Tage vor der mündlichen Verhandlung zugestellt wäre.

In letzterem Falle könnte eine Partei unter Umständen in eine schlimme Lage kommen, wenn es dem Gericht plötzlich einfiele, einen Zwischenstreit zu konstituiren. Dies wäre doch nicht annehmbar. Wäre aber die erste Möglichkeit richtig, so hätte die Bestimmung keinen Sinn, dass der vorbereitende Schriftsatz, welcher nova enthält und einen Zwischenstreit betrifft, mindestens 3 Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen ist.

Zum Zwischenstreit erklärt werden könnte doch der Einwand der Zahlung erst, nachdem er in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist, denn vorher weiss das Gericht garnicht, ob er wirklich erhoben werden wird. Ein weiteres Gegenargument liegt in der Bestimmung des Absatz 2. Aus welchem Grunde denn sollte die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung nicht erforderlich sein, wenn es sich um einen zum Zwischenstreit erklärten Theil der Erörterung des materiellen Streitgegenstandes handelt? Wäre er nicht dazu erklärt, so hätte es doch sicher einer solchen bedurft und nun plötzlich nicht!? Die Folge wäre eventuell Nothwendigkeit einer Vertagung. Das kann der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben.

§. 4.

Prüfung des gewonnenen Resultats.

Die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Beispiele von Zwischenstreiten unter den Parteien bestätigen das gewonnene Resultat, denn sie behandeln nur solche Streitigkeiten, welche nicht den materiellen Prozessgegenstand betreffen.

---

[10]) Vergl. zum Folgenden Schollmeyer, S. 40 sub 1.

1) In §. 331 wird Zwischenstreit genannt ein Streit vor einem beauftragten oder ersuchten Richter über einen für die Fortsetzung der Beweisaufnahme präjudiciellen Punkt. Jegliche Erörterung des materiellen Prozessgegenstandes ist aber bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ausgeschlossen, hierfür ist der Ort nur das Prozessgericht. Vergl. §. 335 Abs. 2. Ein Streit hierüber kann also bei der Beweisaufnahme gar nicht auftauchen und wenn dies doch geschehen sollte, so würde und müsste der Richter ihn sofort zurückweisen, auch könnte ein solcher Streit niemals ein solcher sein, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig wäre.

2) Im §. 217 Abs. 4 ergeht beim Ausbleiben der zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladenen angeblichen Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei ein Versäumnissurtheil dahin, dass das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Es ergeht also kein Versäumnissurtheil zur Hauptsache, sondern es wird beim Ausbleiben der Rechtsnachfolger so angesehen, als wäre der Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt gemäss §. 312 Abs. 2. Als Gegenstand dieses Zwischenstreits wird angesehen die Frage, ob das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei oder nicht. Dies ist eine lediglich prozessuale Frage, die mit der materiellen Begründetheit oder Unbegründetheit des eigentlichen Prozessgegenstandes in keinem Zusammenhang steht. Auch tritt in diesem Paragraphen der Gegensatz von Hauptsache und Zwischenstreit wieder scharf hervor, denn eine Verhandlung zur Hauptsache soll erst nach eingetretener Rechtskraft des die prozessuale Frage erledigenden Versäumnissurtheils statthaft sein.

3) Ebenso ist es im Falle des §. 430:

> „Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnissurtheil dahin zu erlassen, dass der Eid als verweigert anzusehen ist."

Da die Civilprozessordnung nur Versäumnissurtheil zur Hauptsache (§§. 295, 296) und Versäumnissurtheil im Zwischenstreit (§. 312 Abs. 2) kennt, das Versäumnissurtheil des §. 430 die Hauptsache selbst aber nicht berührt, ein Dritter ausser den Parteien auch gar nicht in Frage kommen kann, so muss es die Entscheidung eines Zwischenstreits unter den Parteien enthalten. Gegenstand dieser Entscheidung und somit des Zwischenstreits ist nur die von der materiellen Begründetheit oder Unbegründetheit des streitigen Rechtsverhältnisses wiederum unabhängige Frage, ob ein von einer Partei zu leistender Eid als verweigert anzusehen ist.

Diese Frage ist eine rein prozessuale.

In Folge des Charakters des Termins zur Ableistung eines Parteieides als eines zur Beweisaufnahme bestimmten Termines[1]) ergiebt sich mit Rücksicht auf den §. 335 Abs. 1 auch hier der Gegensatz von Zwischenstreit und Hauptsache. Denn wenn es dort heisst, der Beweisaufnahmetermin vor dem Prozessgericht sei zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt, so kann unter dieser mündlichen Verhandlung nichts anderes verstanden werden, als die mündliche Verhandlung zur Hauptsache.[2])

§. 5.

Aeusserer Zusammenhang des Zwischenstreits mit einem anhängigen Prozesse.

I. Schon der Name „Zwischenstreit" besagt, dass er ein Stück, ein Theil eines anhängigen Streites sein muss, der zwar vorher schon begonnen hat, aber noch nicht beendigt ist. Wenn wir von Zwischenspiel, Zwischenakt, Zwischenmusik etc. sprechen, so meinen wir damit, dass sich ein Etwas, sei es auch nur an Zeit, zwischen ein grösseres Ganze schiebt und mit demselben in einem bestimmten Zusammenhange steht. Dieses grössere Ganze kann bei einem Prozess-Zwischenstreit nur der Prozess selbst, der Rechtsstreit im formellen Sinne sein, in dessen Rahmen er sich abspielen muss und mit dem er im Zusammenhang stehen muss.[1])

Der Beginn des Rechtsstreits ist aber die Klagerhebung oder was der Klagerhebung gleichsteht, das Ende ist das rechtskräftige Endurtheil, die zulässige Zurücknahme der Klage, das Zusammenfallen der Parteienrollen, oder der Vergleich. Nur innerhalb dieses Rahmens kann man auch prozessualisch streng genommen[2]) von „Parteien" sprechen, zwischen denen ein Zwischenstreit entstehen kann. Inwieweit endlich ein solcher prozessualischer Zwischenstreit der Parteien mit ihrem Hauptstreit in Zusammenhang steht, inwieweit er also ihn beeinflusst, das kann nur eine vom positiven Recht zu beantwortende Frage sein. Ob und wie diese Frage auch von der Civilprozessordnung beantwortet ist, wird aber erst später auseinanderzusetzen versucht werden. Hier interessirt vorläufig nur der äussere Zusammenhang.

---

[1]) Motive S. 236, 237 — Seuffert, Commentar zu §. 430 und die dort citirten.

[2]) Gaupp, Anm. I zu §. 335.

---

[1]) Schollmeyer, S. 7, 65 f.

[2]) Der Sprachgebrauch der Civilprozessordnung schwankt. Vergl. Wach, Handbuch S. 288.

II. Diese aus dem Sprachgebrauch sich ergebende Auffassung des Zwischenstreits als eines Theiles des Hauptstreits wird bestätigt durch das Gesetz.

1) Der §. 462 bestimmt für den Amtsgerichtsprozess:

„Die Vorschriften der §§. 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, . . .“

Das mindeste, was sich hieraus ergiebt, ist, dass ein Zwischenstreit unter den Parteien auch im Laufe und innerhalb eines Rechtsstreits vorkommen kann.

2) Dass er aber auch nur hier vorkommen kann, beweist §. 312 Abs. 2.

Wenn es möglich wäre, dass auch ausserhalb eines anhängigen Prozesses Zwischenstreite unter den Parteien existent werden könnten, so müsste auch ausserhalb eines anhängigen Prozesses ein Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt werden können, in dem dann beim Ausbleiben einer Partei das Versäumnissverfahren nach §. 312 Abs. 2 Anwendung finden würde, denn dieser Paragraph spricht generell von Zwischenstreiten. Aber dies geht nach dem klaren Sinn der Gesetzesstelle nicht: es soll ja in einem solchen Termine das Versäumnissverfahren und das Versäumnissurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits sich beschränken! Das heisst, es soll in diesem Falle von dem sonst das System der Civilprozessordnung beherrschenden Princip der Einheit der mündlichen Verhandlung abgesehen werden[3]), es soll kein Versäumnissurtheil zur Hauptsache, sondern nur über den Zwischenstreit ergehen.

Weder vor Beginn noch nach Beendigung eines Prozesses existirt aber eine Hauptsache und ist ein Versäumnissurtheil zur Hauptsache möglich, also würde ein „Sich-Beschränken“ hier vollkommen unverständlich sein.

3) Durch §. 275 wird die Erledigung jedes zur Entscheidung reifen Zwischenstreites durch Zwischenurtheil gestattet.[4]) Die Motive S. 217, 283 charakterisiren ein unter den Parteien ergehendes Zwischenurtheil dahin, dass dasselbe das Endurtheil vorbereite und ein anticipirter Bestandtheil, ein Element der Endentscheidung sei, daher auch nur mit diesem zugleich durch Rechtsmittel angefochten werden könne. Diese Auffassung, die von sämmtlichen Commentatoren und Rechtslehrern als richtig angesehen und durch die §§. 426 Abs. 2, 473, 510 als wirklich im Gesetz enthalten bewiesen wird, würde insbesondere dann

[3]) Motive S. 25 f. Gaupp S. 264, IV, 2 und Anm. I zu §. 297.
[4]) Die nähere Begründung s. im nächsten Paragraphen.

nicht zutreffend sein, wenn ein Zwischenstreit auch nach Beendigung eines Rechtsstreits möglich wäre und daher durch Zwischenurtheil entschieden werden könnte. Denn wie sollte dieses noch die bereits definitiv gefallene Entscheidung des Rechtsstreits vorbereiten können? Dagegen wird ein Zwischenstreit zwischen der Fällung des Endurtheils und dem Eintritt der Rechtskraft desselben noch möglich sein[5]), denn erst die Rechtskraft beendigt den Prozess definitiv, und die gefallene Entscheidung ist bis dahin noch nicht schlechthin definitiv geworden.

4) Die im Gesetze erwähnten Fälle von Zwischenstreiten unter den Parteien sind, wie der erste Blick lehrt, nur im Laufe eines anhängigen Prozesses, als Theile desselben, möglich.

§. 6.

Der Charakter des Zwischenurtheils und die Fähigkeit des Zwischenstreits, durch Zwischenurtheil entschieden zu werden.

I. Das einen Zwischenstreit erledigende Zwischenurtheil des §. 275 ist nach dem Vorigen eine blosse Vorentscheidung. Da Hauptsache und Zwischenstreitssache aber verschieden sind, so kann sich auch die Vorentscheidung nicht auf die Hauptsache beziehen, also niemals lauten auf direkte Zu- oder Aberkennung dessen, was im Hauptstreit beansprucht wird, oder eines Theiles desselben. Diesen Zweck zu erfüllen sind nur das End- und das Theilurtheil berufen.

Ebensowenig aber kann sie eine Entscheidung enthalten, welche nicht auf Grund der Verhandlung zur Hauptsache, sondern aus bloss formellen, prozessualen Gründen den Rechtsstreit selbst beendigt, etwa die Klage wegen Mangels der Prozessvoraussetzungen oder die Berufung wegen eines Formfehlers abweist, denn es bleibt keine Entscheidung mehr nach, welche noch in dem konkreten Rechtsstreit durch sie vorbereitet werden könnte. Auch hier kann nur ein Endurtheil möglich sein.

Demnach kann das Zwischenurtheil des §. 275 nie eine Anticipation des Tenors des Endurtheils in sich schliessen.

Aber auch den Thatbestand des Endurtheils kann das Zwischenurtheil nicht anticipiren, denn es ist ein Urtheil und muss daher auch eine Entscheidung enthalten, d. h. aussprechen, was bezüglich der in ihm behandelten Rechtsstreitfragen Rechtens

[5]) Vergl. die Entscheidung des R.-G's., Band 27, S. 358, 359. Seuffert, Anm. 2 Abs. 2 zu §. 217.

sei und folglich für die Zukunft sein solle.[1]) Eine derartige Entscheidung ist bezüglich des Thatbestandes nicht möglich. Es bleibt nur übrig, dass es eine Anticipation der Entscheidungsgründe des Endurtheils enthält, und dies dürfte das Richtige sein. In den Gründen entscheidet thatsächlich der Richter über die einzelnen Streitfragen, welche in dem Rechtsstreit als solchem entstanden sind und welche für das im Tenor ausgesprochene unmittelbar praktische Resultat des Rechtsstreits relevant erscheinen. Diese einzelnen Entscheidungen selber enthalten aber kein unmittelbar praktisches Resultat, sondern nur die einzelnen Elemente der Endentscheidung, die Feststellungen, auf Grund derer der Richter die Endentscheidung gefunden hat.

Hier ist eine anticipirende Entscheidung einer einzelnen relevant erscheinenden Streitfrage möglich und am Platze, und diesem Zwecke entspricht daher das Zwischenurtheil des §. 275, indem es eine einzelne Feststellung trifft, die sonst in den Gründen des Endurtheils enthalten gewesen wäre.

II. Dieser Charakter des einen Zwischenstreit beendigenden Zwischenurtheils würde eventuell geeignet sein, um auch für die Frage des Grades von Zusammenhang von Zwischen- und Hauptstreit die richtige Antwort zu finden. Vorfrage aber ist: kann jeder Zwischenstreit unter den Parteien durch Zwischenurtheil erledigt werden?[2])

Der §. 275 sagt: „Ist ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen.“ Warum nur „kann“? Welcher andere Weg bleibt dem Richter? Ist auch eine Entscheidung durch Beschluss möglich? Der Grund muss derselbe sein, aus dem im selben Satze auch vorgeschrieben ist, dass, wenn ein einzelnes selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zur Entscheidung reif ist, die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen kann. Die Motive geben den Grund an, indem sie auf Seite 216 sagen: „Die Gründe, welche dahin führen, in einem mündlichen Verfahren neben den den Rechtsstreit in seiner Totalität erledigenden Urtheilen Theilurtheile und Zwischenurtheile zu gestatten, . . . sind in der allgemeinen Begründung §. 7 entwickelt.“ Dazu Seite 217: „Zwischenurtheile können nur erlassen werden, wenn

1) ein einzelnes selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder
2) ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist.

[1]) So Planck, Lehrbuch I S. 450, III[1].

[2]) Es soll an dieser Stelle noch nicht auf §. 331 Abs. 1 und die sich hieran knüpfenden Zweifel eingegangen werden. Darüber das Nähere im Folgenden in §. 11.

Innerhalb dieser Schranken ist die Erlassung von Zwischenurtheilen dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. Die Erlassung derselben durfte nicht, wie die Erlassung von Theilurtheilen in den Fällen des §. 263 (§. 273 des Gesetzes), als Regel vorgeschrieben werden, da die Angemessenheit abgesonderter Entscheidung einzelner Streitpunkte nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nur nach der Lage des einzelnen Falles richtig beurtheilt werden kann."

Hieraus geht klar hervor, dass der andre Weg der Entscheidung, der dem Richter bleibt, wenn er trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des §. 275 kein Zwischenurtheil erlassen will, der ist, dass er die Entscheidung erst im Endurtheil abgiebt. Tertium non datur: So ist es beim Theilurtheil und bei den selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, so muss es auch beim Zwischenurtheil sein. Beide geben ihm die Möglichkeit, den Prozessstoff für die Instanz zu verringern, nur soll im ersten Falle der Richter die Möglichkeit regelmässig benutzen, im letzten Falle aber hängt es von seinem Ermessen ab, soweit nicht wie im Falle der §§. 217 Abs. 4, 430 Ausnahmen Platz greifen. Aber eine weitere Möglichkeit der Entscheidung über den zum Erlass eines Theil- oder Zwischenurtheils qualificirten Prozessstoff wird ihm nicht gegeben. Es ist unbestritten, dass der Richter nicht statt des Theilurtheils oder statt des Zwischenurtheils über ein selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einen Beschluss oder blosse Verfügung erlassen darf. Warum sollte es bei dem sich als Zwischenstreit unter den Parteien qualificirenden Prozessstoff anders sein?[3]) Würde er es können, so hätte der Richter, sobald ihm daran läge, den betreffenden Prozessstoff zu erledigen, es in der Hand, ob er sich und die Parteien durch Erlass eines Zwischenurtheils gemäss §. 289 an die getroffene Entscheidung binden will oder nicht. Denn Beschlüsse oder Verfügungen kann er, so lange er mit der Sache befasst ist, regelmässig noch wieder umändern.[4]) Andererseits sind Beschlüsse und Verfügungen vielfach durch Beschwerden anfechtbar, die Zwischenurtheile des §. 275 aber nie. Sollte nun der Richter unter Umständen die Befugniss haben, den Parteien dadurch, dass er statt eines Zwischenurtheils einen Beschluss oder eine Verfügung erlässt, die Möglichkeit selbstständiger Anfechtbarkeit einer Entscheidung, welche einen bestimmten als Zwischenstreit sich qualificirenden Prozessstoff erledigt, zu gewähren? Umgekehrt, sollte er über einen Prozessstoff, den er nach dem Gesetze durch Beschluss oder Verfügung

[3]) Vergl. im Einzelnen Schollmeyer, S. 87 f.
[4]) Seuffert, Vorbemerkung zu §. 272.

erledigen kann, deswegen, weil er ihn für einen unter §. 275 fallenden Zwischenstreit hielte, auch durch Zwischenurtheil entscheiden können? Dann würde er, wenn im betreffenden Falle ein erlassener Beschluss unanfechtbar gewesen wäre, den Parteien doch die Möglichkeit der Anfechtung seiner Entscheidung durch Anfechtung der Endentscheidung gewähren. Wäre er aber durch Beschwerde anfechtbar gewesen, so würde er den Parteien nunmehr das Recht besonderer Anfechtung entzogen haben. Auf alle Fälle aber hätte er das Interesse der Parteien verletzt, die wegen der Unabänderlichkeit des Zwischenurtheils für die Instanz nunmehr den Richter nicht mehr durch Anführung neuer Thatsachen oder Beweismittel von der Unrichtigkeit seiner Auffassung überzeugen und zur Abänderung seiner Entscheidung bewegen können.

Vielmehr kann das Princip nur sein, dass da, wo ein Zwischenstreit vorliegt, die Entscheidung auch nur durch Zwischen- oder im Endurtheil, und da, wo ein Beschluss erlassen werden kann, auch nur durch Beschluss ergehen kann, weil im letztern Falle ein Zwischenstreit eben nicht vorliegt. Man kann auch nicht sagen, in gewissen Fällen allerdings muss der Richter einen Beschluss erlassen, aber es liegt doch ein Zwischenstreit unter den Parteien vor. Dies wird bewiesen durch §. 312 Absatz 2. Setzte der Richter über einen Prozessstoff, den er durch Beschluss erledigen kann, einen Termin lediglich zur Verhandlung über diesen Prozessstoff an — und das kann er, wenn der Prozessstoff wirklich Zwischenstreit unter den Parteien ist —, so ist er beim Ausbleiben einer Partei in diesem Termine gezwungen, den Prozessstoff durch Urtheil zu erledigen, denn einen Versäumnissbeschluss kennt die Civilprozessordnung nicht.

Es wäre aber doch höchst seltsam, wenn beim Erscheinen beider Parteien Beschluss, beim Ausbleiben einer Partei Urtheil ergehen müsste.

Endlich wäre, wenn ein Zwischenstreit auch durch Beschluss oder in bestimmten Fällen nur durch Beschluss erledigt werden könnte, gar nicht zu verstehen, warum §. 315 Abs. 2 nur bestimmt, dass das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen so lange fortzusetzen ist, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

§. 7.

Der Zwischenstreit unter den Parteien hat zur Voraussetzung obligatorische mündliche Verhandlung.

Die unmittelbare Folge dessen, dass der sich als Zwischenstreit unter den Parteien qualificirende Prozessstoff nur durch

Zwischenurtheil oder im Endurtheil erledigt werden kann, ist die, dass obligatorische mündliche Verhandlung über diesen Prozessstoff der Entscheidung vorhergehen muss. Denn es ist allgemeiner Grundsatz der Civilprozessordnung, dass ein Urtheil nur auf Grund einer obligatorischen mündlichen Verhandlung ergehen kann.[1]) Indirekt wird die Nothwendigkeit einer solchen auch bestätigt durch die Motive, welche auf Seite 20 diejenigen Fälle aufzählen, in denen der Grundsatz der Mündlichkeit keine Anwendung finden soll, z. B. Zwischenstreit mit Dritten, aber den Zwischenstreit unter den Parteien nicht erwähnen. Ferner geht die Civilprozessordnung überall, wo sie vom Zwischenstreit spricht, davon aus, dass mündliche Verhandlung über ihn nöthig ist. Daher heisst es in §. 191 Abs. 1: „Die Ladung zu einem Termine erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will." Mündliche Verhandlung über die Hauptsache und über einen Zwischenstreit wird somit in Parallele gestellt. In §. 331 Abs. 2 wird ganz unbefangen angenommen, dass das Prozessgericht über den Zwischenstreit einen Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzen muss. In §. 312 Abs. 2 wird die Möglichkeit eines Versäumnissurtheils bei Terminen, die lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt sind, gewährt. Ein Versäumnissverfahren setzt aber nothwendig obligatorische mündliche Verhandlung voraus (§§. 295—297). Sodann: im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen soll zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung eine Feststellung des Prozessstoffes zu Protokoll erfolgen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint. Dementsprechend muss angenommen werden, dass das, was zu Protokoll festgestellt wird, sonst in der mündlichen Verhandlung hätte vorgetragen werden müssen. Nach §. 462 sollen im Amtsgerichtsprozess die §§. 457, 458 entsprechende Anwendung finden, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit. Verhandlung ist mündliche Verhandlung, denn nach §. 458 wird in solchem Falle ein Termin zur mündlichen Verhandlung über den Gegenstand der Ladung bestimmt. Die Besonderheit des Amtsgerichtsprozesses besteht aber nur in der gewährten Möglichkeit der Anbringung der Ladung zum Protokoll des Gerichtsschreibers und in der Besorgung der Zustellung der Ladung durch den Gerichtsschreiber. Endlich spricht §. 123 von vorbereitenden

[1]) Schollmeyer, S. 90. Birkmeyer, Rechtsfälle, S. 5 und die Mehrzahl der Commentatoren. Entsch. des R.-G's., Band X, S. 412.

A. M. Struckmann und Koch, Anm. 2 Abs. 2 zu §. 275, Anm. 4 zu §. 312.

Schriftsätzen in Zwischenstreiten, die vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden müssen.

Kurz, der Satz, dass mündliche Verhandlung in Zwischenstreiten obligatorisch ist, dürfte unanfechtbar erscheinen.

§. 8.

Schlussfolgerungen und Darlegung des Gebiets des Zwischenstreits.

I. Werden die Konsequenzen gezogen aus den Ausführungen in den vorigen Paragraphen, so ergiebt sich, dass folgende Prozessgebiete niemals Raum für Zwischenstreite unter den Parteien gewähren können:

1) Das gesammte, vor der Klagerhebung oder dem der Klagerhebung Gleichstehenden liegende, bezw. möglicherweise liegende Verfahren unter den Parteien, insbesondere im Falle der §§. 37, 117, 187, 203, 447—455, 796—822.

2) Das gesammte, dem beendigten Prozesse nachfolgende Verfahren, insbesondere die Zwangsvollstreckung.

3) Das sich zwar zur Zeit eines anhängigen Prozesses abspielende Verfahren, welches

a. äusserlich kein Theil des anhängigen Prozesses ist, insbesondere die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss, denn die Benutzung der Beweisverhandlungen im Prozesse hängt von dem Willen der Parteien ab (§. 454),

b. äusserlich zwar ein Theil des anhängigen Prozesses ist, aber

α. durch Beschluss oder Verfügung erledigt werden kann — z. B. einstweilige Verfügungen im Falle des §. 819 — oder

β. eine obligatorische mündliche Verhandlung nicht voraussetzt. Hierunter kann man das trotz fakultativer mündlicher Verhandlung (§. 801) ergehende Endurtheil des §. 802 Abs. 1 im Arrestverfahren rechnen, wenn man das während eines anhängigen Prozesses vor dem Gericht der Hauptsache sich vollziehende Arrestverfahren als äusserlichen Theil des Hauptprozesses ansehen will. Andernfalls gehört es unter a. Dies letztere dürfte übrigens das Richtige sein.[1])

II. Als möglicher Gegenstand eines Zwischenstreits unter den Parteien bleibt somit nur nach der nicht auf die Hauptsache sich beziehende, im Laufe eines Prozesses entstehende und auf

[1]) Fitting, Lehrbuch, Anm. 5 zu §. 38.

Grund einer obligatorischen mündlichen Verhandlung im Prozesse zu entscheidende Prozessstoff. Er ist Prozessstoff, d. h. er muss auch innerlich einen Theil des Prozesses bilden[2]), er muss zu demjenigen Material gehören, auf Grund dessen der Richter den Prozess entscheidet. Denn über den Zwischenstreit entscheidet der Richter durch Urtheil, sei es durch ein das Endurtheil vorbereitendes Zwischenurtheil, sei es im Endurtheil selbst. Der Zwischenstreit bildet daher einen integrierenden Bestandtheil des Rechtsstreits im Sinne des §. 119, über den durch Urtheil (End-, Theil- oder Zwischenurtheil) entschieden wird. Dieser Rechtsstreit besteht aber aus der Gesammtheit der unter den Parteien streitigen, für ihr Recht relevanten Punkte.[3])

Relevant kann aber ein Punkt im Prozesse sein entweder mit Bezug auf die materielle Begründetheit oder Unbegründetheit des eigentlichen Prozessgegenstandes, oder davon unabhängig mit Bezug auf die Gestaltung der prozessualen Lage.

Zwar übt der Prozess auch einen Einfluss auf die Gestaltung des in den Prozess eingeführten materiellen Rechtsverhältnisses aus, und die dies normirenden Rechtssätze haben theilweise ihren Platz erhalten in den Prozessgesetzen selbst.[4]) Aber trotzdem gehören auch diese Rechtssätze dem Civilrecht an, und der Streit über das Vorliegen der thatsächlichen Voraussetzungen der diesen Einfluss regelnden Rechtsnormen gehört nicht hierher, er ist Streit zur Hauptsache, Streit über die materielle Begründetheit oder Unbegründetheit des Prozessgegenstandes, wie er sich durch den Prozess und in ihm thatsächlich gestaltet hat.

III. Unter Streit in Bezug auf die Gestaltung der prozessualen Lage wird vielmehr verstanden ein rein prozessualer Streit über die Anwendbarkeit einer bestimmten Prozessrechtsnorm. Indem der Gesetzgeber Rechtsnormen aufstellt über die Begründung, Fortführung und Beendigung eines Prozesses, verleiht er zugleich, wenn der Thatbestand dieser Normen vorliegt, der einen Partei gegenüber der andern Partei bestimmte Rechte bezüglich der Begründung, Fortführung und Beendigung des Prozesses und legt der andern Partei bestimmte Verpflichtungen auf.

Nur an eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Klagerhebung knüpft sich das Recht des Klägers, dass der Beklagte den in einer Klagerhebung liegenden Angriff erdulden muss, unter bestimmten Voraussetzungen nur hat eine Partei im Prozesse das Recht, an einen Zeugen, einen Sachverständigen

[2]) Schollmeyer S. 66: „Er muss auch sachlich in dem Zusammenhang des Hauptprozesses gehören.“ Vergl. S. 68 f.

[3]) Birkmeyer, Rechtsfälle, S. 141.

[4]) Schollmeyer S. 73 Abs. 2.

eine Frage zu richten, dem Gegner den Eid zuzuschieben, Rechtsmittel einzulegen u. s. w., und unter gewissen anderen Voraussetzungen wieder hat sie die Pflicht, dies zu unterlassen, der Gegner aber das Recht, dies von ihr zu fordern.

Diese an bestimmte Voraussetzungen geknüpften prozessualischen Rechte sind, wenngleich sie mit der materiellen Begründetheit oder Unbegründetheit des eigentlichen Prozessgegenstandes nichts zu thun haben, sämmtlich doch mehr oder minder präjudiciell für die Entwicklung und das schliessliche Schicksal des Prozesses überhaupt.[5]) Es giebt prozessuale Rechtsnormen, deren Thatbestand vorliegen muss, wenn nicht sofort der Prozess zu Ende sein soll, wie die Rechtsnormen über die prozesshindernden Einreden, über die übrigen Prozessvoraussetzungen, über die wesentlichen Erfordernisse der Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs u. s. w. zeigen (direkt präjudicielle prozessuale Streitpunkte). Andere wirken nur auf die Gestaltung des Prozesses in bestimmter Weise ein, ohne dass mit dem Vorliegen oder Nichtvorliegen ihres Thatbestandes auch sofort der Prozess entschieden zu sein braucht.

Ob eine Frage an einen Zeugen gestellt oder nicht gestellt, ein Eid zugeschoben oder nicht zugeschoben, die Edition einer Urkunde begehrt oder nicht begehrt, ein Beweismittel noch benannt oder nicht benannt werden kann, dies alles wirkt, mag man die Frage bejahen oder verneinen, nicht direkt prozessentscheidend, aber vielleicht indirekt, insofern als nunmehr vielleicht ein obsiegliches Urtheil nicht mehr erreicht werden kann (indirekt präjudicielle prozessualische Streitpunkte). Insoweit nun eine Partei in einem Prozesse auf Grund einer Prozessrechtsnorm ein prozessuales Recht, sei es nun bezüglich der Prozessbegründung, -fortführung oder -beendigung, für sich in Anspruch nimmt, insoweit kann auch hierüber innerhalb des Prozesses ein Streit entstehen.

In das Gebiet dieses Streites muss auch der Zwischenstreit unter den Parteien fallen, sofern der Gesetzgeber die Relevanz dieses Streites in abstracto dadurch anerkannt hat, dass über ihn nur nach mündlicher Verhandlung und nur durch Urtheil vom Prozessgericht entschieden werden kann und soweit in concreto dem Richter in irgend welcher Weise die Entscheidung des Streits von Einfluss erscheint für die Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt. Dass der Zwischenstreit unter den Parteien auf prozessuale Streitfragen zu beschränken ist, ergeben auch die Motive, indem sie (S. 88 zu §. 67) ihn, im Gegensatz zum Zwischenstreit mit Dritten, ausdrücklich als den prozessualischen

[5]) Vergl. Fitting bei Busch, Bd. XI, S. 3 f.

Zwischenstreit bezeichnen. Es ist nur die Frage, ob er dieses ganze Gebiet prozessualischer Streitpunkte ausfüllt oder auf einen bestimmten Theil desselben beschränkt ist.

§. 9.

Die Polemik Birkmeyer's.

I. Von verschiedenen Seiten, die im Uebrigen zwar anerkennen, dass Inhalt eines Zwischenstreits nur prozessualische Streitpunkte sein können, werden doch wieder gewisse prozessuale Streitpunkte dem Gebiete des Zwischenstreits entzogen. So bringt insbesondere Birkmeyer[1]) die prozesshindernden Einreden, welche zweifellos prozessuale Streitpunkte sind, unter die besondere Kategorie sogenannter Nebenstreite. Seine Gründe sind in Kürze:

1) Positiv: Die Einreden des §. 247 sind Einreden vor dem Prozess, welche das Zustandekommen desselben verhindern sollen.

2) Negativ: Fielen die prozesshindernden Einreden unter den Begriff des Zwischenstreits, so müsste auch gemäss §. 312 Abs. 2 ein Termin lediglich zur Verhandlung über sie angesetzt werden können. Bliebe in demselben der Kläger aus, so müsste das vom Beklagten zur Begründung seiner Einrede Vorgebrachte als wahr angenommen, die Einrede demnach als begründet erachtet und die Klage abgewiesen werden. Diese die Klage abweisende Entscheidung könne aber nicht Versäumniss-Zwischenurtheil sein, also könne auch nicht ein Zwischenstreit vorgelegen haben. Aus demselben Grunde könnten aber die prozesshindernden Einreden, wenn der Beklagte sie erst nach Beginn seiner Verhandlung zur Hauptsache zulässiger Weise vorschützte, ebenfalls nicht Zwischenstreitspunkte sein.

Als Princip stellt Birkmeyer sodann auf, dass jeder Zwischenstreit eine blosse Zwischenfrage enthalten müsste und daher, wenn überhaupt durch besondres Urtheil, dann auch nach beiden Seiten hin durch Zwischenurtheil müsse entschieden werden können.

II. Der erste Grund Birkmeyer's beruht auf der unrichtigen Auffassung, dass Alles, was vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache liegt, noch nicht in den eigentlichen Prozess hineingehört, daher z. B. nicht die vorbereitenden Schriftsätze, denn auch sie bereiten den Prozess nur vor. Schon dieses Beispiel ist falsch.[2]) Vorbereitende Schriftsätze bereiten nicht den Prozess vor, sondern nur die mündliche Verhandlung, und haben zur

[1]) Birkmeyer, Rechtsfälle, S. 42 f. — Vergl. Wach, Vorträge, S. 88, 89.
[2]) Struckmann und Koch. Anm. 1b Abs. 4 zu §. 275.

Voraussetzung, dass der Prozess bereits begonnen hat. Der Prozessbeginn ist jetzt durch die Civilprozessordnung an die einseitige Handlung der Klagerhebung geknüpft, wenngleich an die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache noch immer gewisse wichtige, hauptsächlich rechtspräkludirende Wirkungen geknüpft sind. Aber damit ist auch ihre Bedeutung erschöpft, die Mitwirkung des Beklagten ist heute nicht mehr zum Prozessbeginn nöthig. Wenn die Motive S. 30 in Betreff der Hauptsache 3 Prozessabschnitte als möglich anerkennen: Das Vor-, Haupt- und Nachverfahren, so wollen sie damit keineswegs nur das Hauptverfahren als das ausschliessliche Prozessverfahren hinstellen, dem ein hiermit nicht verbundenes anderweitiges Verfahren vorhergehen oder nachfolgen könne. Dies ergiebt der Gegenstand des sogen. Nachverfahrens: Ableistung des durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eides und Realisirung der hieran geknüpften Folgen, und dies ist zweifellos noch Theil des nicht abgeschlossenen Prozesses, dies ergiebt auch die Bezeichnung aller 3 Verfahren als Prozess-Abschnitte. Auch das Vorverfahren ist daher im Sinne unserer Civilprozessordnung bereits Theil des auf alle Fälle formell bereits anhängig gewordenen Prozesses[3]) und könnte deshalb immerhin Gegenstand eines Zwischenstreits sein. — Eine nähere Begründung ist hier nicht möglich.

III. Bei weitem schwerwiegender erscheint der zweite Grund. Wäre es richtig, dass beim Ausbleiben des Klägers in einem lediglich zur Verhandlung über eine prozesshindernde Einrede bestimmten Termin die Klage abgewiesen werden könnte und zwar durch ein Urtheil, welches nicht Versäumnisszwischenurtheil sein kann, so würden allerdings die prozesshindernden Einreden nicht zu dem Gebiet des Zwischenstreits gehören können. Aber nicht blos diese wären auszuscheiden, sondern überhaupt alle direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkte, denn auch für diese treffen die Gründe Birkmeyer's mit derselben Kraft zu.

Bei allen diesen soll nach Birkmeyer ein Zwischenurtheil nur nach einer Seite hin möglich sein, nämlich dann, wenn die erhobenen Einwendungen sich als unbegründet herausstellen, so dass der Prozess seinen Fortgang nimmt. Aber hierin verkennt Birkmeyer das Wesen des Zwischenurtheils als eines anticipirten Bestandtheils der Entscheidungsgründe, nicht des Tenors des Endurtheils.

[3]) Struckmann und Koch, a. a. O. Seuffert, Anm. 1 zu §. 230, Anm. 4 zu §. 235, Gaupp, Anm. I zu §. 230. Vergl. ferner die Darstellung bei Kohler, der Prozess als Rechtsverhältniss, insbesondre S. 38 f., auf welche hier statt weiterer Ausführung Bezug genommen wird. Andererseits vergl. Birkmeyer, Rechtsfälle, S. 63—65.

Ein Zwischenurtheil kann daher niemals dem Kläger oder Beklagten unmittelbar das oder einen Theil dessen, was der Gegenstand ihres Petitums ist, zusprechen, sondern immer nur feststellen, dass die thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer bestimmten relevanten Prozessnorm in concreto vorliegen oder fehlen. Daher wäre es logisch nicht unmöglich, wenn der Richter zunächst durch ein Zwischenurtheil feststellte, dass ein erhobener prozessentscheidender Einwand, z. B. eine prozesshindernde Einrede, begründet sei, und sodann erst auf Grund dieses Zwischenurtheils das Endurtheil erliesse. Zu diesem Resultat nöthigt der §. 430, wo bei Ausbleiben des Schwurpflichtigen ein Zwischenurtheil über die prozessuale Frage, ob der Eid verweigert ist, nicht bloss gestattet, sondern sogar vorgeschrieben ist, obwohl die so entschiedene Frage vielfach direkt prozessentscheidende Bedeutung hat. Es würde sich aber mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 272 nicht mit der richterlichen Pflicht vertragen, wenn der Richter diesen umständlichen Weg da wählte, wo er sofort ein Endurtheil erlassen könnte.

Im Falle des §. 430 kann er es nun kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht, wohl aber würde er es bei den prozesshindernden Einreden und den übrigen direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkten nicht bloss so lange können, als er nicht einen Termin lediglich zur Verhandlung über sie bestimmt hat, sondern auch noch in diesem Termine, vorausgesetzt, dass beide Parteien in demselben erscheinen und über den Präjudicialpunkt verhandeln. Denn nach §. 312 Abs. 2 soll sich nur das Versäumnissverfahren und das Versäumnissurtheil bloss auf die Erledigung des Zwischenstreits beschränken. Verhandeln daher beide Parteien in diesem Termine über die zum ausschliesslichen Terminsgegenstand bestimmte prozesshindernde Einrede, und stellt sie sich als begründet heraus, so ist es dem Richter unbenommen, das die Klage abweisende Endurtheil zu erlassen. Anders, wenn eine der Parteien ausbleibt. Hier muss sich das Versäumnissverfahren und das Versäumnissurtheil auf die Erledigung des Zwischenstreits beschränken, d. h. es müsste durch Versäumnissurtheil festgestellt werden, dass die prozesshindernde Einrede begründet ist oder nicht. Ebenso wäre es bei den übrigen direkt und indirekt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkten. Hätte z. B. der Berufungsbeklagte im ersten Termin vor dem Berufungsgericht behauptet, der Berufungskläger habe nach Erlassung des Urtheils erster Instanz seinen Verzicht auf das Recht der Berufung erklärt, und bestimmt das Berufungsgericht einen Termin lediglich zur Verhandlung über diese bestrittene Behauptung, so müsste in diesem Termin, je nachdem Berufungs-Kläger oder -Beklagter ausbleibt, das Versäumnissurtheil dahin ergehen: „Es wird fest-

gestellt, dass Berufungskläger nach Erlassung des Urtheils erster Instanz seinen Verzicht auf das Recht der Berufung erklärt hat, bezw. nicht erklärt hat". Ist dieses Urtheil rechtskräftig geworden, so geht das Verfahren seinen Gang weiter. Der Berufungsbeklagte insbesondere kann jetzt den Gegner laden, um die Berufung nunmehr auf Grund des rechtskräftig festgestellten Verzichts als unzulässig verwerfen und den Berufungskläger in die Kosten verurtheilen zu lassen. Oder: es wird durch Versäumnisszwischenurtheil festgestellt, dass der Einspruch unzulässig ist; die kostenpflichtige Verwerfung des Einspruchs erfolgt dann wiederum im späteren Verfahren.

Dass dies gemeint ist unter der „entsprechenden" Anwendung der Vorschriften des Versäumnissverfahrenstitels in §. 312 Abs. 2, geht hervor aus den beiden Beispielen von Versäumnisszwischenurtheilen, welche das Gesetz in den §§. 217 Abs. 4 und 430 aufgestellt hat. Beide Urtheile lauten nur auf Feststellung, nämlich der Aufnahme des Verfahrens seitens der angeblichen Rechtsnachfolger einer verstorbenen Partei, bezw. der Verweigerung des Eides seitens einer schwurpflichtigen Partei.

Die Polemik Birkmeyer's kann daher nicht als zutreffend betrachtet werden.

§. 10.

Das Verhältniss des Zwischenstreits zu den selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln.

I. Eine ähnliche Einschränkung, wie von Birkmeyer, wird von verschiedenen anderen Prozessualisten auf den bisher noch nicht näher berührten Gegensatz von Zwischenstreit und selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln gegründet, wie er sich in den §§. 275, 426 findet. Die Thatsache des Gegensatzes kann füglich nicht bestritten werden, denn wenn eine Eidesleistung zur Erledigung eines Zwischenstreits oder zur Entscheidung über einzelne selbstständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nöthig erscheint, so soll nach §. 426, der als Ausnahme von der Regel des §. 425 erscheint, im ersten Fall die Anordnung der Eidesleistung nur durch Beweisbeschluss,[1]) im letzten Falle aber durch Beweisbeschluss oder durch bedingtes Zwischenurtheil erfolgen. Ferner sind Versäumnisszwischenurtheile nur bei Zwischenstreiten, nicht bei selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln möglich. (§. 312 Abs. 2).

[1]) A. A. anscheinend nur noch v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 818 (Ueberschrift zu b), wohl auf Grund der Bemerkung in den Motiven, S. 217.

Beide Begriffe müssen daher, wenngleich kontradiktorisches Zwischenurtheil und Eidesbeweisbeschluss bei beiden möglich ist, doch ein streng von einander geschiedenes Gebiet beherrschen. Es fragt sich nur, welches das unterscheidende Merkmal ist.

Die vorhin erwähnte Richtung legt bei der Begriffsbestimmung den Hauptnachdruck auf die Wortbedeutung „selbstständiger Angriffs- und Vertheidigungsmittel" und folgert daraus, dass jedes einen Angriff oder eine Vertheidigung im Prozesse in sich schliessende Mittel, welches für sich geeignet ist, wenn begründet, ohne Rücksicht auf anderweitige Anführungen die richterliche Anerkennung eines Anspruchs (oder eines Theiles desselben), oder dessen Ablehnung unmittelbar zu beeinflussen, ein selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel im Sinne des Gesetzes ist[2]), daher insbesondere auch die direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkte.

II. Es ist zuzugeben, dass an sich auch prozessualische Rechtsbehelfe selbstständige Angriffs-, vorzüglich aber Vertheidigungsmittel genannt werden können. Aber die Subsumption derselben unter diesen Begriff hat in der Civilprozessordnung doch mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Es kann hier auf die Auseinandersetzungen Schollmeyer's S. 52 f. verwiesen werden, denen aber noch Folgendes hinzuzufügen ist:

1) Der Argumentation Schollmeyer's aus §. 137 gegenüber, wonach die selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel sich auf denselben Anspruch (im Gegensatz zum Verfahren) beziehen, daher materiell-rechtlicher Natur sein müssen, haben Wilmowski und Levy[3]) behauptet, dass auch die prozessualischen Streitmittel sich auf den Anspruch bezögen, d. h. auf den in der gegenwärtigen Klage und Form geltend gemachten Anspruch, so vor Allem der — begründete — Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Dem steht aber entgegen die Aeusserung der Motive S. 195: „Der Entwurf hat es vermieden, die Prozessvoraussetzungen mit den dilatorischen sich auf den Anspruch selbst beziehenden Einreden zusammenzuwerfen." Die Motive nehmen

---

[2]) So Wilmowski und Levy, Anm. I. zu §. 137, denen sich — ohne nähere Begründung — das Reichsgericht, Entsch. im Band XV. S. 399, angeschlossen hat. Aehnlich Gaupp, Anm II, 3 zu §. 136. Schepers (Gruchot's Beiträge, Band XXIV, S. 762 sub 4), Breitner, Magazin f. d. deutsche Recht d. Gegenwart, Band V, S. 286, 287. Reincke, S. 302 („die unmittelbaren Elemente der eigentlichen Sachanträge, ohne Unterschied ob die Rechtsbehelfe aus dem materiellen oder dem prozessualen Recht entlehnt sind.").

Vergl. auch Seuffert, Anm. 2 zu §. 137 und andererseits Anm. 4 a. E. daselbst, welcher die Einheitlichkeit des Begriffs leugnet, um so die Möglichkeit einer abgesonderten Verhandlung über Zwischenstreite zu retten.

[3]) Wilmowski und Levy, Anm. 1 zu §. 137.

also von den Prozessvoraussetzungen schlechthin nicht an, dass sie sich auf den Anspruch beziehen können, und dies mit Recht. Die prozesshindernden Einreden bilden einen Theil der Voraussetzungen für die Begründung des gesammten Prozessrechtsverhältnisses. Sie wenden sich daher nicht gegen den Anspruch selbst, sondern nur gegen das Zustandekommen des Prozesses, wenn auch theilweise mit Rücksicht auf die Natur des eingeklagten Anspruchs. Aber deswegen „beziehen sie sich" doch nicht auf den Anspruch! Gemeint kann doch nur sein, worauf sie sich unmittelbar und in erster Linie beziehen, sonst würde ja hierunter auch der Streit über ein Urkunden-Editionsgesuch, der doch allgemein als ein Zwischenstreit angesehen wird, zu rechnen sein, wenn z. B. der Kläger Rückzahlung eines Darlehens forderte und vom Beklagten die Edition der über das Darlehen ausgestellten, aber aus irgend einem Grunde in dessen Händen verbliebenen Schuldurkunde begehrte. Auch hier liegt, wenn man den Ausdruck „sich beziehen" pressen will, ein „sich beziehen auf den Anspruch" vor, denn das Editionsgesuch gründet sich gerade auf ihn. Ebenso wie mit den prozesshindernden Einreden und sonstigen Prozessvoraussetzungen ist es auch mit den übrigen direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkten. Sie richten und beziehen sich auf die Beendigung des Prozessrechtsverhältnisses.

Immerhin ist zuzugeben, dass aus §. 137 mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Ausdrucks „sich beziehen" und auf den Gegensatz zum §. 136 ein völlig reines Resultat nicht zu gewinnen ist.

2) Wohl aber sprechen andere Stellen entschieden gegen die hier bekämpfte Ansicht.

Der §. 191 Abs. 1 unterscheidet mündliche Verhandlung über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit. Worunter fällt nun die Verhandlung über die direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkte? Doch gewiss nicht unter Verhandlung zur Hauptsache.

Dies wird selbst von Wilmowski und Levy,[4]) sowie von Gaupp[5]) anerkannt und ist auch ausdrücklich in §. 247 Abs. 1 ausgesprochen. Eine besondere Kategorie sogenannter Nebenstreite zu schaffen, wie Birkmeyer[6]) will, liegt für die hier behandelten direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkte nicht genügend Veranlassung vor, da trotz Birkmeyer's Gründen, wie sich ergeben hat, ihre Behandlung als Zwischenstreitspunkte immerhin möglich ist. Es wird daher kaum etwas Anderes übrig bleiben, als sie unter den Zwischenstreit zu bringen.

[4]) Wilmowski und Levy, Anm. 1 zu §. 298.
[5]) Gaupp, Anm. I zu §. 298.
[6]) Birkmeyer's Rechtsfälle S. 46. — Vergl. gegen Birkmeyer auch Troll, Versäumnissurtheil, S. 142.

3) Dass die Civilprozessordnung an einer Stelle (§. 490 verbunden mit §. 491) prozesshindernde Einreden direkt in Gegensatz bringt zu Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, erscheint mir allerdings wenig relevant. Dagegen halte ich es im §. 262 Abs. 1 für völlig unmöglich, unter selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln auch prozessuale Rechtsbehelfe mitzuverstehen. Denn wie könnte deren Hinzufügung jemals wohl die Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses von Thatsachen beeinträchtigen?

4) Endlich möchte ich auch noch die Gestaltung des Versäumnissverfahrens in der Civilprozessordnung, auf die auch bereits Schollmeyer a. a. O. verwiesen hat, heranziehen. Der Gesetzgeber hat doch offenbar deswegen ein blosses Versäumniss-Zwischenurtheil in lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmten Terminen gestattet, weil in ihnen nicht über die Hauptsache verhandelt wird. Dieser Grund würde aber nicht allein bei den indirekt, sondern auch bei den direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkten zutreffen. Umgekehrt, wenn man die selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel auf materielle Rechtsbehelfe beschränkt, so ergiebt sich von selbst, dass der Gesetzgeber Termine lediglich zur Verhandlung über sie und Versäumniss-Zwischenurtheile lediglich zur Entscheidung über sie nicht zulassen konnte, denn ein Termin zur Verhandlung lediglich über sie würde immer noch Termin zur Verhandlung über die Hauptsache bleiben.

III. Es wird weiter als Grund dafür, dass die direkt präjudiciellen prozessualischen Streitpunkte nicht Gegenstand eines Zwischenstreits sein können, angeführt,[7]) dass über dieselben nur nach einer Seite hin ein Zwischenurtheil erlassen werden könne. Gegenstand eines Zwischenstreits seien nur Zwischenfragen, über die nach beiden Seiten hin durch Zwischenurtheil entschieden werden könne, möge man nun die aufgeworfene Frage bejahen oder verneinen. Erstere gehörten daher zu den selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln. — Es ist dies eine Beobachtung, die aber höchstens nur dann zur Ausscheidung nöthigen könnte, wenn es bei den selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln Begriffsmerkmal wäre, dass über sie stets nur nach einer Seite hin durch Zwischenurtheil entschieden werden könnte. Sollte aber nicht bei mehreren Klagegründen, denen Einreden gegenüberstehen, der eine Klaggrund sowohl als begründet wie als nichtbegründet durch Zwischenurtheil festgestellt werden können? Und ist es nicht ebenso bei mehreren selbstständigen Einreden, wenn denselben wieder Repliken entgegen-

[7]) Gaupp, Commentar, Anm. I, 2 zu §. 275.

gesetzt sind? Die Ausscheidung ist also nicht durch eine systematische Nothwendigkeit geboten. Aber auch §. 217 Abs. 4 spricht dagegen. Hier wird ausdrücklich ein Zwischenurtheil und zwar Versäumniss-Zwischenurtheil, das ja nur bei Zwischenstreiten möglich ist, zugelassen, obwohl es sich um eine prozessuale Frage handelt, die prozessentscheidende Bedeutung hat und die nach der gegnerischen Auffassung nur nach einer Seite hin durch Zwischenurtheil entschieden werden könnte.

Endlich ist auch die gemachte Beobachtung nicht einmal richtig, wie §. 430 lehrt. Hier wird ein Zwischenurtheil sogar vorgeschrieben, obwohl die prozessuale Frage nach der Seite hin zur Entscheidung reif ist, dass an sich sofort Endurtheil ergehen könnte, also nach der Seite, nach der, wie die Gegner wollen, ein Zwischenurtheil überhaupt nicht möglich ist.

IV. Mit Rücksicht auf diese vom Gesetz gegebenen Beispiele wird auch ein Argument für die Ausscheidung der direkt präjudiciellen prozessualen Streitpunkte nicht aus §. 315 Abs. 2 zu entnehmen sein. Man könnte so argumentiren: fielen direkt präjudicielle prozessuale Streitpunkte unter den Begriff des Zwischenstreits und wären sie zur Entscheidung reif, so müsste ein blosser Zwischenstreit zur Entscheidung reif sein. Sind sie dies aber in der Weise, dass die Abweisung der Klage, Verwerfung des Rechtsmittels etc. nöthig wäre, so ist in Wahrheit nicht ein blosser Zwischenstreit, sondern der Rechtsstreit selbst zur Entscheidung reif. Also können sie auch nicht unter den Begriff des Zwischenstreits fallen. Aber dieser Schluss ist kein nothwendiger. Es ist bereits hervorgehoben, dass die Frage, ob ein auferlegter Eid von der schwurpflichtigen Partei verweigert ist, wenn sie bejaht wird, unter Umständen, z. B. bei einem bedingten Endurtheil, die Bedeutung hat, dass nunmehr der Rechtsstreit selbst, d. h. das ganze prozessuale Verfahren zur Entscheidung reif ist. Nach §. 430 wird nun bei Säumniss der schwurpflichtigen Partei die Verweigerung des Eides als eingetreten angenommen, trotzdem aber soll zunächst nur ein die Eidesverweigerung feststellendes Zwischenurtheil erlassen werden. Also kann nach dem Gesetz ein direkt präjudicieller prozessualischer Streitpunkt, auch wenn er nach der Seite hin entscheidungsreif ist, dass dadurch zugleich der Rechtsstreit selbst entscheidungsreif ist, Zwischenstreitpunkt sein, über den durch Zwischenurtheil entschieden wird. Es kann also nicht unumgänglich nöthig sein, dass der Grund der Entscheidungsreife des Rechtsstreits selbst nicht in der Entscheidungsreife eines blossen Zwischenstreits liegt.

Die Besonderheit des §. 430 besteht, abgesehen von §. 312 Abs. 2, nur darin, dass trotz der Entscheidungsreife des Rechts-

streits doch zunächst noch ein Zwischenurtheil soll erlassen werden, damit nicht die Folgen des §. 208 eintreten.

Ferner wird in §. 217 Abs. 4 ein Zwischenurtheil vorgeschrieben, weil hier der Zwischenstreit über die Aufnahme des Verfahrens seitens der angeblichen Rechtsnachfolger in Folge ihrer Säumniss in der Richtung zur Entscheidung reif ist, dass eben nur er, nicht aber der Rechtsstreit selbst entschieden werden kann. Wären sie aber im Termine erschienen und hätte die Verhandlung ergeben, dass das Verfahren nicht von ihnen aufgenommen ist, weil sie nicht Rechtsnachfolger geworden sind, so wäre nunmehr derselbe Punkt, der bei ihrer Säumniss nach dem Gesetz Zwischenstreitpunkt ist, es also jetzt auch sein muss,[8]) zur Entscheidung reif, aber implicite auch der Rechtsstreit selbst, soweit er gegen sie gerichtet war, und es muss daher jetzt ein Endurtheil ergehen.[9])

Es wird hiernach nicht zu weit gegangen sein, wenn man aus diesen beiden vom Gesetz gegebenen Beispielen das allgemeine Princip entnimmt, dass ein Streitpunkt deswegen nicht aufhört, Zwischenstreitpunkt zu sein, weil seine Entscheidungsreife zugleich die des ganzen Rechtsstreits eventuell involvirt.

Nicht nur für den §. 315 Abs. 2, sondern überhaupt für die Civilprozessordnung muss daher der Satz gelten, dass es für die Frage, ob ein Zwischenstreit vorliegt, gleichgültig ist, ob Entscheidungsreife des Rechtsstreits selbst und eines Zwischenstreits zusammen fallen. Auch der Sprachgebrauch zwingt uns nicht zu einem andern Resultat, denn derselbe fordert nicht mehr, als dass ein Zwischenstreit zwischen dem einen Hauptstreit beginnenden und dem ihn beendigenden Akte liegt. Es darf nur nicht mit dem Ende des Zwischenstreits auch sofort der Hauptstreit beendigt sein. Der den Hauptstreit abschliessende Akt ist aber das Endurtheil.

V. Zur Unterstützung der Behauptung, dass Zwischenstreitspunkte keine direkt prozessentscheidende Bedeutung haben dürfen, wird endlich noch angeführt[10]), dass dies der Grund sei, weshalb nach §. 426 die Leistung des Eides bei Zwischenstreiten nur durch Beweisbeschluss, nicht wie bei den selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln auch durch bedingtes Zwischenurtheil angeordnet werden könne. Aber derselbe §. 426 gestattet auch, einen den ganzen Rechtsstreit beendigenden Eid durch Beweisbeschluss anzuordnen, wenn die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides einverstanden sind, und nach §. 558

[8]) Entsch. des R.-G's., Band 27, S. 358.
[9]) Seuffert, bei Busch, Band VII, S. 10.
[10]) Gaupp, Commentar, Anm. I. 2 zu §. 275.

muss sogar im Urkunden- und Wechselprozess die Leistung eines Eides durch Beweisbeschluss angeordnet werden. Wird nicht auch grade in diesen Fällen durch Leistung oder Nichtleistung des Eides ein „Element, ein materieller Bestandtheil des Rechtsanspruchs selbst, bejaht oder verneint?“ Vielmehr dürfte der Standpunkt der Motive (Seite 282 f.) der richtige sein, wonach für den Gesetzgeber die Entscheidung der Frage, ob die Leistung des Eides durch Beweisbeschluss oder durch Endurtheil anzuordnen ist, theils durch die Konstruktion des Verfahrens, theils durch Gründe der Zweckmässigkeit bedingt wird, und bei selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln aus praktischen Rücksichten neben dem Eides-Beweisbeschluss auch ein bedingtes Zwischenurtheil zugelassen wird. Doch es wird mit Recht anzunehmen sein, dass die vorgeschriebene Nothwendigkeit der Anordnung von Eidesbeweisbeschlüssen in Zwischenstreiten lediglich aus Zweckmässigkeitsgründen hervorgegangen ist.

Nach allem diesem dürfte es wohl keinem Bedenken unterliegen, mit der herrschenden Lehre[11]) anzunehmen, dass unter selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln jedenfalls nicht prozessualische Rechtsbehelfe mitinbegriffen sind.

§. 11.

Abwehr der sich an §. 331 C.-Pr.-O. knüpfenden Bedenken.

I. Nach §. 331 liegt ein vom Prozessgericht nach vorheriger mündlicher Verhandlung zu entscheidender Zwischenstreit vor, wenn sich bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit erhebt, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist. Ob hierunter auch die Fälle von Zwischenstreiten der Parteien mit Dritten fallen, sofern sie vor dem beauftragten oder ersuchten Richter entstehen, kann hier dahin gestellt bleiben, da die Gesetzesstelle jedenfalls auch Streitigkeiten nur unter den Parteien bezielt. Aber in

[11]) Vergl. ausser den bei Gaupp, Anm. I, 3 in Note 17 zu §. 136 citirten noch Wach (Handbuch I, S. 289, 290 sub d, Vorträge, S. 32); v. Bülow (Gruchot's Beiträge, Band XXII, S. 810 f.); Hoffmann (daselbst, Band XXVII, S. 177 f., insbesondere S. 200 f.); Meyer (bei Busch, Band VII, S. 303, 304 und Band IX, S. 352); Hergenhahn (Archiv für civilist. Praxis, Band 79, S. 112); Struckmann und Koch, S. 152, und dort citirte; Seuffert, Anm. 4 a. E. (vergl. aber auch Anmerkung 2) zu §. 137; Petersen, S. 476; Kohler, der Prozess als Rechtsverhältniss, S. 50.

dieser Beziehung ergeben sich verschiedene Schwierigkeiten, auf Grund derer man grade versucht hat, das bisher gewonnene Resultat theilweise zu erschüttern.[1])

II. Es ist zuzugeben, dass der 1. Absatz dieses Paragraphen seinem Wortlaut nach, als Zwischenstreit auch solche Fälle bezeichnet, deren Zugehörigkeit zum Zwischenstreit bisher negiert ist.[2]) Es kann z. B. bei der Beweisaufnahme von einer Partei der ersuchte Richter abgelehnt, oder von ihr behauptet werden, dass sie den beauftragten Richter beim delegirenden Gericht abgelehnt habe, und es kann sich nunmehr unter den Parteien ein Streit darüber erheben, ob das Ablehnungsrecht nicht mit Rücksicht auf §. 43 verwirkt ist. Zur Entscheidung über diesen Streit ist der ersuchte oder beauftragte Richter nach §. 45 nicht berechtigt, und von der Erledigung dieses Streits hängt nach §. 47 die Fortsetzung der Beweisaufnahme ab. Nun soll aber nach den §§. 45, 46 die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch, wozu auch der Streit darüber, ob das Ablehnungsrecht verwirkt ist, offenbar gehört, ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, andererseits aber durch das Gericht. dem der Abgelehnte angehört, und durch Beschluss erfolgen müssen. Sollte auch dies wirklich ein Zwischenstreit sein? Es ist unmöglich dies anzunehmen, denn in §. 331 Abs. 2 wird stets ein Termin zur mündlichen Verhandlung und eine Entscheidung durch das Prozessgericht als solches verlangt. In §. 331 aber eine Ausnahme von den §§. 45, 46 zu suchen, dürfte kaum angehen, da es an jedem Grunde fehlt, warum der vor einem Richterkommissar sich erhebende diesbezügliche Streit dergestalt wichtiger wäre, dass eine Verschiebung der Kompetenz, eine andere Entscheidungsform und stets mündliche Verhandlung mit allen sich an dieselbe knüpfenden Folgen (z. B. §. 312 Abs. 2) gerechtfertigt wäre.

Es bleibt daher nur übrig der Ausweg, dass ein solcher Streit überhaupt nicht vom §. 331 gemeint ist, weil für ihn bereits eine andere Art der Erledigung vorgeschrieben ist.

Aehnlich ist es mit einem sich vor dem Richterkommissar erhebenden Streit über die geschehene Ablehnung eines vom Prozessgericht ernannten Sachverständigen, obwohl dieser Streit von dem Prozessgericht als solchem entschieden werden muss. Dieser Streit kann, wenngleich die Ablehnung selbst bei dem Prozessgericht geschehen muss, bei der Beweisaufnahme insofern sich erheben, als die eine Partei hier die bereits erfolgte Ab-

[1]) Vergl. die Kritik Schollmeyer's, in Gruchot's Beiträgen, Band 26, S. 458.

[2]) Vergl. zum Folgenden Schollmeyer, S. 84—87.

lehnung behaupten, die andere Partei dies bestreiten kann, da die Anbringung des Ablehnungsgesuchs vor der Vernehmung des Sachverständigen geschehen muss (§. 371 Abs. 2). Dieser Streit würde ein Theil des gesammten Ablehnungsstreits sein, über den zu entscheiden der Richterkommissar nicht berechtigt sein würde. Er hat die Beweisaufnahme daher zu suspendiren und die Akten dem Prozessgericht wieder zu übermitteln. Aber das Prozessgericht kann über den Ablehnungsstreit ohne mündliche Verhandlung entscheiden, die von §. 331 Abs. 2 vorausgesetzte Nothwendigkeit eines Termins zur mündlichen Verhandlung trifft also hier nicht zu. Es ist aber wiederum unmöglich anzunehmen, dass deswegen, weil ein geringer Theil des Ablehnungsstreits vor dem Richterkommissar entstanden ist, nunmehr obligatorische mündliche Verhandlung vor dem Prozessgericht nöthig wäre, während sie sonst stets nur fakultativ ist.

III. Die Bedeutung des Absatz 1 wird also durch den Absatz 2 nothwendig eingeschränkt.

Ein sicheres Resultat über die in §. 331 Abs. 1 bezielten Streitigkeiten wird erst gewonnen, wenn berücksichtigt wird, dass ein Streit zur Hauptsache sich bei der Beweisaufnahme vor dem Richterkommissar überhaupt nicht erheben kann, dass die Streitigkeiten des §. 331 Abs. 1 in Absatz 2 Zwischenstreit genannt werden, also einen integrirenden Bestandtheil des anhängigen Rechtsstreits bilden müssen, dass daher aber auch das Prozessgericht nach mündlicher Verhandlung über sie entscheiden muss.

Nun ist in dem ganzen System der Civilprozessordnung, von einer Ausnahme (§. 291) abgesehen, die hier nie praktisch werden kann, der Grundsatz durchgeführt, dass über Theile des Rechtsstreits, wenn mündliche Verhandlung über sie obligatorisch ist, nie durch Beschluss, sondern nur durch Urtheil entschieden werden kann. Wie dem Urtheil die obligatorische mündliche Verhandlung entspricht, so auch umgekehrt.[3]) Daher können Streitigkeiten von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängt, die aber durch Beschluss entschieden werden können oder müssen, niemals vom §. 331 Abs. 1 bezielt sein. Dies bestätigt §. 312 Abs. 2. Der §. 331 bietet geradezu das klassische Beispiel für die Ansetzung von Terminen lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit. Bei Säumniss einer Partei in diesem Termine soll aber Versäumniss-Urtheil ergehen. Die Entscheidungsformen bei kontradiktorischer Verhandlung und bei Säumniss einer Partei können aber unmöglich verschieden sein.

[3]) Seuffert, Anm. 3 sub d zu §. 291.

Mit Recht lehrt daher Schollmeyer[4]), dass in §. 331 Abs. 1 nur Beweisstreitigkeiten gemeint sind. Dieser Paragraph hat seine Stellung gefunden unter den „Allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme", und darnach muss sich seine Bedeutung auch bemessen. Es ist anzunehmen, dass unter den bei der Beweisaufnahme sich erhebenden Streiten nur verstanden werden sollen solche, welche sich auch gerade auf die Beweisaufnahme beziehen, d. h. auf ein bei der Beweisaufnahme von einer Partei in Anspruch genommenes Recht bezüglich der Ausführung der Beweisaufnahme. Diese Streitigkeiten bilden thatsächlich einen Theil des Rechtsstreits, über den vom Prozessgericht nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist, und entsprechen dem bisher gefundenen Begriffe des Zwischenstreits.

Welche andere Streitigkeiten dürften auch noch übrig bleiben, wenn alle Streite ausscheiden, welche nicht die Hauptsache betreffen, nicht Theile des Rechtsstreits sind, nicht vom Prozessgericht als solchem auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden sind?

Wenn aber verlangt wird, dass von der Erledigung des Streits die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig ist, und wenn so qualificirte Streite in Abs. 2 Zwischenstreit genannt werden, so heisst das nicht, dass nur solche Streite Zwischenstreite sind. Das Gesetz lässt vielmehr die Frage offen, ob nicht auch solche Beweisstreite, von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme nicht abhängig ist, inhaltlich sich zum Zwischenstreite eignen. Es wird nur für in dieser Weise qualificirte Beweisstreitigkeiten gefordert, dass vor der Fortsetzung der Beweisaufnahme die Entscheidung des Prozessgerichts erfolgt. Alle andern vom Prozessgericht nach mündlicher Verhandlung zu entscheidenden Beweisstreitigkeiten, z. B. über den gesetzlichen Beweiswerth einer vor dem Richterkommissar producirten Urkunde, brauchen erst später vom Prozessgericht entschieden zu werden.[5])

Sind für diese Streite im Uebrigen die Kriterien des Zwischenstreits gegeben, so nöthigt uns §. 331 nicht, dieselben nicht als Zwischenstreit anzusehen. Nur bedarf es zu ihrer Berücksichtigung seitens des Prozessgerichts im Hinblick auf §. 119 eines erneuten mündlichen Vortrags in der demnächstigen mündlichen Verhandlung.

IV. Es erhebt sich aber noch eine andere Schwierigkeit. Bisher ist angenommen, dass Beweisstreitigkeiten als Theile des Rechtsstreits vom Prozessgericht zu entscheiden sind. Darnach würde der Zusatz in Absatz 1: „und zu dessen Entscheidung der

[4]) Schollmeyer S 86.
[5]) Gaupp, Anm. I zu §. 331.

Richter nicht berechtigt ist" anscheinend überflüssig sein. Dies ist aber in Wirklichkeit doch nicht der Fall, denn nach §. 365 ist der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ermächtigt, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden. Diese seine Entscheidung ist Beschluss, denn zur Erlassung eines Zwischenurtheils ist nur das Prozessgericht berufen, auch soll die Entscheidung nur eine vorläufige, der Abänderung durch das Prozessgericht unterliegende sein, während ein Zwischenurtheil die Instanz bindet. Der Punkt aber, über den zu entscheiden hiernach der Richterkommissar das Recht erhält, ist nach dem Bisherigen an und für sich ein Zwischenstreit unter den Parteien, denn wenn er sich vor dem Prozessgericht selbst erheben würde, so handelte es sich um ein von einer Partei in Anspruch genommenes prozessualisches Recht, über das mündlich zu verhandeln wäre, und welches durch Zwischenurtheil entschieden werden könnte.

Dasselbe Recht wird dem Richterkommissar nach §. 367 auch bei Sachverständigen gegeben. Darnach hat er also jedenfalls in 2 vom Gesetz ausdrücklich aufgestellten Fällen das Recht der Entscheidung in Beweisstreitigkeiten. Anscheinend müssen also doch gewisse Fälle von Zwischenstreiten durch Beschluss erledigt werden. Man könnte nun vielleicht sagen, die Entscheidung des Richterkommissars ist noch gar keine Entscheidung, weil sie nur eine vorläufige ist. Aber immerhin nennt das Gesetz sie doch eine Entscheidung (§. 456) und eine Erledigung (§. 331). Auch das Vorbehaltsurtheil der §§. 502, 562 ist nur eine provisorische Entscheidung. Aber ebenso wie dort, so bleibt auch im Falle des §. 365 das Provisorium bestehen, wenn es nicht angefochten wird. Es ist daher nicht darum wegzukommen, dass über einen Punkt, der an sich Gegenstand eines Zwischenstreits sein kann, eine Entscheidung durch Beschluss erfolgt.

Ein Ausweg würde vielleicht darin gefunden werden können, dass man sämmtliche vor dem beauftragten oder ersuchten Richter entstehenden Streitigkeiten überhaupt noch nicht als Zwischenstreit ansieht,[6]) so dass die gemäss Abs. 1 des §. 331 qualificirten Streitigkeiten erst von dem Momente, wo sie vor das Prozessgericht gebracht werden, anfingen, Zwischenstreit im Sinne des Gesetzes zu sein. Aber auch diese Auffassung scheitert an der Thatsache, dass der Abs. 2 des §. 331 den gemäss Abs. 1 qualificirten Streit bereits Zwischenstreit nennt: zur mündlichen Verhandlung über den (scil. bereits entstandenen) Zwischenstreit wird ein Termin von Amtswegen anberaumt.

---

[6]) Wilmowski und Levy, Anm. 2 letzter Absatz in der Vorbemerkung zu §. 119 (vergl. aber auch den vorhergehenden Absatz a. E.).

Es bleiben zwei Möglichkeiten[7]). Entweder muss man die Streitigkeiten, zu deren Entscheidung der beauftragte oder ersuchte Richter berechtigt ist, mag nun von der Erledigung des Streits die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig sein oder nicht, und die wegen ihres Charakters als Beweisstreitigkeiten den Gegenstand eines Zwischenstreits bilden können, als Zwischenstreite anerkennen, aber für sie eine Ausnahme machen von der sonst für Zwischenstreite geltenden Regel, dass die Entscheidung über sie nie durch Beschluss erfolgen kann. Oder man sagt: zwar können auch Zwischenstreite im Laufe eines Rechtsstreits vor einem beauftragten oder ersuchten Richter entstehen, aber nur solche dort entstandenen Beweisstreitigkeiten können es sein, von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig ist und deren Entscheidung durch das Prozessgericht erfolgen muss.[8]) Jeder Beweisstreit aber, über den der beauftragte oder ersuchte Richter selber entscheiden kann, ist kein Zwischenstreit im Sinne des Gesetzes. Ein Zwischenstreit unter den Parteien entsteht erst, wenn die Abänderung der vorläufigen Entscheidung vor dem Prozessgericht in einer mündlichen Verhandlung seitens einer Partei versucht wird.

Diese zweite Auffassung erscheint als dem Gesetze mehr entsprechend. Würde man sich für die erstere Möglichkeit entscheiden, so käme man mit §. 312 Abs. 2 in Collision und müsste für gewisse Zwischenstreite überhaupt die Möglichkeit eines Versäumnissverfahrens in Zwischenstreiten ausschliessen, weil über sie, so wie die Sache liegt, eine Entscheidung durch Zwischenurtheil und Versäumnissurtheil gar nicht möglich ist. Ferner würde der beauftragte oder ersuchte Richter das Recht erhalten über einen Theil des Rechtsstreits selbst (im formellen Sinne) zu entscheiden, ein Ergebniss, das mit seiner sonstigen Stellung, kraft deren er im Wesentlichen nur zur Ausführung

[7]) Schollmeyer ist inconsequent, wenn er einerseits (S. 67 f.) lehrt, dass auch der beauftragte oder ersuchte Richter einen Zwischenstreit unter den Parteien entscheiden kann, andererseits (S. 87 f.), dass der Zwischenstreit durch Beschluss nicht erledigt werden kann. Das Eine schliesst vielmehr das Andere aus, wenn man nicht das Vorliegen einer Ausnahme annehmen will, was aber Schollmeyer nicht thut. Schollmeyer beruft sich übrigens mit Unrecht auf Gaupp, Commentar 1. Auflage, Anm. III zu § 280.

[8]) Beweisstreitigkeiten, von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme nicht abhängig ist und zu deren Entscheidung der beauftragte oder ersuchte Richter nicht berechtigt ist, müssen zwecks Berücksichtigung, wie bereits hervorgehoben, gemäss §. 119 in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht erneut vorgetragen werden, sind also noch nicht entscheidungsbedürftige Theile des Rechtsstreits geworden und können im Sinne des Gesetzes daher jedenfalls noch nicht als bereits entstandene Beweisstreitigkeiten angesehen werden.

des Auftrags oder des Ersuchens, also hier der Beweisaufnahme, berechtigt ist, durchaus nicht im Einklang stehen würde. Diese Entscheidung über einen Theil des Rechtsstreits würde erfolgen, ohne dass obligatorische mündliche Verhandlung für die Verhandlung über ihn vorgeschrieben wäre.

Die gegentheilige Auffassung gewährt dagegen ein völlig annehmbares Resultat. Der vor dem beauftragten oder ersuchten Richter sich erhebende Beweisstreit, zu dessen Entscheidung er berechtigt ist, würde hiernach zu charakterisiren sein als blosser Nebenstreit unter den Parteien, dessen Erledigung durch Beschluss erfolgt und ohne Präjudiz für das Prozessgericht sein muss, daher auch nur eine vorläufige vom Gesetz selber genannt wird. Wird derselbe Punkt demnächst vor dem Prozessgericht zur Sprache gebracht, so ist derselbe Punkt, eben deswegen, weil über ihn jetzt vor dem Prozessgericht mündlich verhandelt wird und durch Zwischenurtheil entschieden werden kann, nunmehr ein Zwischenstreit. Zwar heisst es in §. 539 Abs. 2: „Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozessgerichts statt", und Zwischenurtheile sollen nur mit dem Endurtheil zusammen angefochten werden können. Aber vorausgesetzt wird doch in §. 539, dass eine Beschwerde gegen diese Entscheidung überhaupt zulässig ist,[9]) während andererseits die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters allerdings verlangt werden kann, auch ohne dass die gesetzlichen Erfordernisse einer Beschwerde vorhanden zu sein brauchen.[10])

Auch der §. 331 nöthigt uns daher nicht, das Gebiet des Zwischenstreits irgendwie einzuschränken.[11]) Es ist vielmehr ein Unterschied zu machen, wenn Streitigkeiten vor dem Prozessgericht sich erheben und wenn sie sich vor einem Richterkommissar erheben. Ein Streit, der Zwischenstreit sein würde, wenn er vor dem Prozessgericht entsteht, hat diese Eigenschaft nicht, sobald er nur vor einem beauftragten oder ersuchten Richter entsteht und kraft ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung von diesem zu entscheiden ist.

§. 12.

Entstehung des Zwischenstreits. Begriffsbestimmung.

1. Da nach dem Vorigen eine Einschränkung sich als nicht nöthig herausgestellt hat, so ist damit klargelegt, dass der Zwischenstreit thatsächlich dasjenige Gebiet prozessualer Streit-

[9]) Seuffert, Anm. 3 zu §. 539.

[10]) Gaupp, Anm. II zu §. 365, und das dort citirte Urtheil des Reichsgerichts. A. A. Seuffert, Anm. 2, Abs. 2 zu §. 539.

[11]) Planck, Lehrbuch, II, §. 109, Anm. 42—44.

punkte vollständig beherrscht, welches als möglicherweise von ihm beherrscht, vorhin in §. 8 a. E. angegeben ist. Es bleibt aber noch übrig, die Frage zu beantworten, wann ein solcher Streit zur Existenz gelangt. Die Antwort scheint einfach: ein Streit unter den Parteien kann erst entstehen, sobald eine Partei im Prozesse ein prozessuales Recht in Anspruch genommen, und die Gegenpartei ihr dasselbe bestritten hat. Aber die Civilprozessordnung spricht auch von Rechtsstreit, von Streitgegenstand, streitigen Rechtsverhältnissen etc., ohne damit sagen zu wollen, dass ein Streit im eigentlichen Sinne, ein Bestreiten vor oder in dem Prozesse erfolgt sein muss, und wenn in §. 563 auch das Verfahren in Ehesachen als Rechtsstreitigkeiten bezeichnet wird, so ist doch zu beachten, dass in diesem Verfahren ein Bestreiten unwesentlich ist, weil es ein Anerkenntniss oder ein gerichtliches Geständniss hier gar nicht giebt (§. 577). Der Ausdruck ist in diesen Fällen vielmehr nur gewählt worden, weil er dem thatsächlichen Regelfalle entspricht. Aus dem Ausdruck wird man daher auch bei dem Zwischenstreit unter den Parteien noch nicht ohne Weiteres auf das Wesen der Sache schliessen dürfen. Regelmässig wird allerdings wohl auch hier ein Bestreiten vorliegen, aber nothwendig wohl nicht.[1])

II. Es ist davon auszugehen, dass es sich um prozessuale Rechtsnormen handelt, deren Anwendbarkeit in Frage steht. Der Prozess hängt nun nicht von der Willkür der Parteien ab, sondern ist an feste Regeln gebunden, deren zwingende Kraft jedoch verschieden ist.[2])

1) Theilweise hängt es vom Willen der Parteien selber ab, ob eine Prozessnorm, deren thatsächliche Voraussetzungen an sich nicht vorliegen, doch Anwendung finden soll, ob also eine Partei ein prozessuales Recht haben soll, das ihr in Wahrheit nach dem Gesetz nicht zusteht. Dies erklärt sich dadurch, dass die Rechtsordnung selber auf die von ihr aufgestellten Vorschriften nicht überall einen solchen Werth legt, dass sie ihre strikte Befolgung seitens der Parteien unter allen Umständen verlangt. In gewissen Fällen, und zwar insbesondere dann, wenn nach Ansicht des Gesetzes dem Gegner genügende Gelegenheit gegeben ist, das Gericht auf die Unbegründetheit des beanspruchten prozessualischen Rechts aufmerksam zu machen, und ein höheres Interesse nicht obwaltet, erlaubt das Gesetz dem Richter, mit der Prüfung der Innehaltung der aufgestellten Vorschriften so lange zu warten, bis die durch die Nichtinnehaltung

[1]) Vergl. zum Folgenden Schollmeyer, S. 76—78.

[2]) Vergl. zum Folgenden Planck, Lehrbuch I, S. 286 f. Bülow im Archiv für civilist. Praxis, Band 64, S. 1 f. Seuffert, Anmerkungen zu §. 267.

verletzte Partei dieselbe rügt. Die Rechtsordnung giebt also die gestellten Anforderungen nicht schlechthin auf, glaubt aber doch unter gewissen Umständen ihr Fehlen ignoriren zu dürfen (verzichtbare Prozessnormen).

Z. B. gestattet das Gesetz, dass die Parteien von der ordnungsmässigen Befolgung der Vorschriften über die Zustellung der Klageschrift absehen, so dass der Kläger unter Umständen selbst ohne jede Zustellung das Recht erhält, zu verlangen, dass der Beklagte den sonst nur in einer ordnungsmässigen Klageerhebung liegenden Angriff erdulden muss[3]), oder es wird nach Erlass eines Beweisbeschlusses ein Antrag auf Vernehmung neuer Zeugen bezüglich der in dem Beweisbeschluss bereits bezeichneten Thatsachen gestellt, in der jetzigen Benennung liegt eine grobe Nachlässigkeit, und die Zeugen müssten daher an sich zurückgewiesen werden, aber das Gesetz bestimmt selber, dass die Zurückweisung von dem Willen, dem Antrage des Gegners abhängen solle (§. 339).

2) Andere Vorschriften sind dagegen direkt zwingender Natur. Ihr Fehlen darf der Richter nie ignoriren.

Z. B. sind die Rechtsnormen über Einlegung der Rechtsmittel, Fähigkeit der Streitsache, Civilprozessgegenstand zu sein u. s. w., derartig zwingend, dass sie abweichenden Parteidispositionen überhaupt keinen Raum lassen. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die zur beanspruchten Anwendbarkeit solcher Rechtsnormen erforderlichen Voraussetzungen thatsächlich begründet sind (unverzichtbare Prozessnormen).

III. Aus dieser Verschiedenartigkeit des Werths der Prozessrechtsnormen ergiebt sich mit Nothwendigkeit eine Verschiedenartigkeit der prozessualen Behandlung des Streits über ihre Anwendbarkeit.

1) Soweit das Gesetz gestattet, das etwaige Fehlen der Voraussetzungen eines beanspruchten prozessualen Rechts zu ignoriren, insoweit bedarf es eines Widerspruchs des Gegners, um das Gericht zur Prüfung der Begründetheit des Widerspruchs und somit auch des beanspruchten prozessualen Rechts zu veranlassen. Ob in der nachträglichen Benennung von Zeugen eine grobe Nachlässigkeit liegt, dies zu prüfen wird für das Gericht erst nöthig, sobald die Gegenpartei den Antrag auf Zurückweisung stellt. Ist ein Formfehler bei der Zustellung der Klage begangen, so wird er beim Erscheinen des Beklagten erst beachtet, wenn derselbe auf ihn aufmerksam macht. Soweit also das Gericht die Innehaltung von Rechtsnormen ignoriren darf, muss daher stets ein effektives Bestreiten erfolgen, um einen Zwischenstreit in's Leben zu rufen.

---

[3]) Seuffert, Anmerkungen zu §. 230.

2) Etwas anders liegt die Sache bei der Frage nach der Anwendbarkeit unverzichtbarer Prozessrechtsnormen schlechthin, sowie solcher an sich verzichtbarer Normen, bezüglich derer die Umstände nicht vorliegen, unter denen das Fehlen ihrer Voraussetzungen zu ignoriren dem Richter gestattet ist.

Wenn man annehmen wollte, dass auch hier erst das Bestreiten des Rechts einen Zwischenstreit unter den Parteien schaffen könne, so würde man damit etwas völlig Unwesentliches zum konstituirenden Begriffsmerkmal erheben. Denn für das Gericht und für die zu fällende Entscheidung ist es irrelevant, ob ein solches Bestreiten erfolgt ist oder nicht, das Gericht muss der Frage auch ohne Bestreiten näher treten und von Amtswegen prüfen, ob die thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der betreffenden Rechtsnorm, für die Begründetheit oder Unbegründetheit des beanspruchten prozessualen Rechts wirklich vorhanden sind. Wenn z. B. eine Partei der andern einen Eid einfach über die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts zuschieben wollte und die andere Partei auch bereit wäre, den Eid zu leisten, so hätte das Gericht doch von Amtswegen die Zulässigkeit der Eideszuschiebung zu prüfen und hierüber zu entscheiden. Ebenso bei der Frage, ob eine Berufung an sich statthaft und ob sie frist- und formgerecht eingelegt ist u. s. w.

Bei allen diesen Fragen besteht nur insofern ein gewisses Interesse der gegnerischen Partei, das beanspruchte Recht zu bestreiten, als sie dadurch vielleicht das Gericht erst auf die Nothwendigkeit einer Officialprüfung aufmerksam macht oder selber unter Umständen besser in der Lage ist, die Unbegründetheit des beanspruchten Rechts nachzuweisen. Aber an sich muss es gleichgültig sein, ob überhaupt ein Bestreiten erfolgt oder nicht.

Aber es besteht eine wichtige Gemeinsamkeit mit den sub 1 behandelten prozessualen Fragen, das ist die überall erforderliche mündliche Verhandlung, die nur hier nicht nothwendig durch Bestreiten, sondern auch in anderer Weise herbeigeführt werden kann. Denn es würde nicht richtig sein, wenn man nur bei geschehener ausdrücklicher Bestreitung eine mündliche Verhandlung über die von Amtswegen zu prüfenden prozessualen Fragen für nöthig hielte.[4])

Nach §. 130 Abs. 2 hat der Vorsitzende in der mündlichen Verhandlung die Parteien auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten, und so den Parteien Gelegenheit zu geben, über dieselben mündlich zu verhandeln. Die Official-

[4]) Richtig Meyer bei Busch, Band IX, S. 333, 355 f. Scholl meyer, S. 77.

prüfung kann schon zur Abweisung der Klage, des Rechtsmittels etc. durch Urtheil führen, ein Urtheil darf aber nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden. Zum Mindesten aber muss die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des beanspruchten Rechts, z. B. der Eideszuschiebung, in den Gründen des Urtheils besprochen werden.

IV. Es erscheint daher nothwendig, in allen Fällen das entscheidende Gewicht darauf zu legen, dass die Frage, ob ein prozessuales Recht einer Partei zusteht, überhaupt zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht ist, sei es, dass die Gegenpartei ausdrücklich dies Recht bestritten hat, oder dass gerichtsseitig auf die Bedenken bezüglich der Begründetheit desselben aufmerksam gemacht ist, oder dass das Recht überhaupt erst in einer mündlichen Verhandlung beansprucht ist (z. B. Eideszuschiebung). Eine besondere Anordnung aber, dass diese Frage Zwischenstreitsfrage sein solle, ist nirgends erforderlich. Mit dem Momente vielmehr, wo die Frage zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht ist, aber auch erst von diesem Augenblick an, ist die Frage Prozessstoff, Theil des Rechtsstreits und damit auch Zwischenstreit unter den Parteien geworden, über den im Prozess entschieden werden muss. Statt Zwischenstreit hätte man vielleicht ebensogut einen andern Ausdruck, etwa Zwischenverhandlung, wählen können.

Ein täglich vorkommendes Beispiel möge diese Behauptungen noch näher illustriren.

a. In dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung erscheinen beide Parteien und der Beklagte bestreitet die Ordnungsmässigkeit der Klagerhebung: Der Zwischenstreit ist existent geworden.

b. Der Beklagte erscheint nicht und der Kläger beantragt das Versäumnissurtheil. Nunmehr muss das Gericht von Amtswegen die Prüfung der Ordnungsmässigkeit der Klagerhebung vornehmen. Mit dem Momente, wo es dies thut, entsteht der Zwischenstreit. Die Folge ist, dass das Gericht jetzt in den Gründen des Versäumnissurtheils über den Zwischenstreit entscheiden, also die Gründe für die Ordnungsmässigkeit der Klagerhebung darlegen muss. Nichts aber würde im Wege stehen, wenn das Gericht zunächst durch — kontradiktorisches — Zwischenurtheil dies konstatirte, falls dies in concreto zweckmässig erscheinen sollte.

c. Wäre der Beklagte erschienen und hätte die Ordnungsmässigkeit der Klagerhebung nicht bestritten, so wäre ein Zwischenstreit nicht entstanden, das Gericht hätte aber auch über dieselbe nicht zu entscheiden brauchen.

Voraussetzung ist natürlich stets, dass dem Prozessgericht die Entscheidung der Frage in irgend welcher Weise erheblich erscheint für die Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt, sowie dass es sich um Inanspruchnahme eines prozessualen Rechts seitens einer Partei gegenüber der andern Partei handelt. (Zwischenstreit unter den Parteien).

V. Hinsichtlich des Bestreitens eines beanspruchten prozessualischen Rechts, soweit ersteres nothwendig ist zur Hervorrufung des Zwischenstreits, dürfte es vielleicht nicht überflüssig sein zu bemerken, dass der Streit nicht bloss auf die Existenz derjenigen Thatsachen, welche die Anwendbarkeit der Prozessrechtsnorm begründen sollen, sondern auch auf die Wirkung dieser Thatsachen, deren Richtigkeit nicht weiter angefochten wird, sich beziehen kann.

Es genügt also, wenn nur das prozessualische Recht selbst bestritten wird, denn hierin liegt schon das Bestreiten, dass die vom Gegner behaupteten Thatsachen geeignet seien, das von ihm beanspruchte Recht hervorzubringen.[5])

V. Die im Prozesse zu entscheidende Frage der Anwendbarkeit einer bestimmten Prozessrechtsnorm bildet den Kern, das Wesen des Zwischenstreits. Alle hierauf bezüglichen Einzelstreitigkeiten der Parteien müssen daher nur unter diesem Gesichtspunkt betrachtet und nur als Glieder eines Ganzen angesehen werden.[6]) Ueber das Ganze, nicht über die Glieder, wird daher auch nur vom Richter entschieden, also nur darüber, ob die Prozessrechtsnorm als solche anwendbar, ihr Thatbestand gegeben ist oder nicht, und es darf nicht etwa durch Zwischenurtheil das Vorliegen einer einzelnen Thatsache des Thatbestandes festgestellt werden, denn nur über den ganzen entscheidungsreifen Zwischenstreit darf nach §. 275 die Entscheidung durch Zwischenurtheil abgegeben werden.

Hierdurch erhält der Zwischenstreit seine ihn zur abgesonderten Entscheidung befähigende Selbstständigkeit.

Derselbe Grund ordnet auch gewisse Streitigkeiten über die Anwendbarkeit bürgerlicher Rechtsnormen dem Zwischenstreit unter. Die Civilprozessordnung verwerthet häufig Rechtsbegriffe des bürgerlichen Rechts in ihrem System und knüpft an das Vorliegen des Thatbestandes dieser Rechtsbegriffe bestimmte prozessuale Rechtswirkungen für die Parteien. So spricht §. 475 von der „Erklärung des Verzichts“ auf Einlegung der Berufung,

---

[5]) Schollmeyer's Definition, S. 93: „Der Zwischenstreit muss thatsächliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer Prozessrechtsregel zum Gegenstand haben“ könnte vielleicht zu Missdeutungen Veranlassung geben.

[6]) Schollmeyer, S. 73, 74.

§. 217 von „Rechtsnachfolgern“ einer verstorbenen Partei, §. 387 von „Rechtsverhältnissen“ und „Rechtsgeschäften“, §. 398 von „grober Nachlässigkeit“ u. s. w. Um festzustellen, ob die diesen Begriffen entsprechenden konkreten Thatbestände vorliegen, muss auf das bürgerliche Recht zurückgegriffen werden. Aber dieser Rückgriff erfolgt nur zu dem Zweck, um hierdurch die Möglichkeit der allein in Betracht kommenden Entscheidung einer rein prozessualen Frage zu gewinnen. Soweit diese Zweckbestimmung reicht, muss daher auch der Streit über das Vorliegen des Thatbestandes eines bürgerlichen Rechtsbegriffes in das Gebiet des Zwischenstreits hineinfallen.

VI. Nunmehr wird es möglich sein, den Begriff des Zwischenstreits unter den Parteien endgültig zu fixiren. Als Zwischenstreit unter den Parteien stellt sich dar derjenige Theil eines formell anhängigen Prozesses, welcher die zum Gegenstand einer mündlichen Verhandlung gemachte Frage der Begründetheit eines von einer Partei gegenüber der andern Partei beanspruchten, für die Entscheidung des Rechtsstreits selbst sowohl abstrakt wie konkret relevant erscheinenden, prozessualischen Rechts betrifft und nur durch Zwischenurtheil oder in den Gründen des Endurtheils entschieden werden kann.

Abtheilung II.

Die praktische Bedeutung des Zwischenstreits.

§. 13.

Feststellung der Parteirollen.

I. Wie es im Rechtsstreit selbst stets einen Kläger, den Angreifer, und einen Beklagten, den Vertheidiger, giebt, so muss auch im Zwischenstreit stets eine Partei die Rolle des Angreifers (Zwischenstreitklägers), die andere die des Vertheidigers (Zwischenstreitbeklagten) einnehmen. Dabei ist von vornherein klar, dass die Rollen der Parteien im Rechtsstreit und im Zwischenstreit einander nicht zu entsprechen brauchen. Wer im Rechtsstreit den Antrag auf Edition einer Urkunde seitens des Gegners stellt, wird Zwischenstreitskläger, gleichgültig, ob er selbst der Kläger oder der Beklagte im Rechtsstreit ist. Es ist nur die Frage, welches das Kriterium ist, an dem zu erkennen ist, wer im Zwischenstreit die Rolle des Klägers, wer die des Beklagten einnimmt. Die Entscheidung dieser Frage ist schon mit Rücksicht auf §. 312 Abs. 2 verbunden mit §§. 295, 296 nothwendig, bisher aber kaum ein Versuch gemacht worden, die

Frage zu beantworten. Denn wenn Gaupp[1]) z. B. einfach vom „Antragsteller" spricht und diesen als den Zwischenstreitskläger ansieht, so ist damit noch nicht gesagt, wer eigentlich der Antragsteller sei. Denn wenn die eine Partei die Beeidigung, die andere Partei die Nichtbeeidigung eines Zeugen beantragt, so sind eben beide Parteien Antragsteller. Fitting[2]) giebt sogar nur die nackte Thatsache an, dass im Zwischenstreit die eine Partei die Rolle des Klägers, die andere die des Beklagten spiele. Andere suchen durch Beispiele den Unterschied klar zu machen, so bringt Seuffert[3]) unter Anderem auch das Beispiel des Streits über die Beeidigung eines Zeugen und erklärt denjenigen, der die Nichtbeeidigung verlange, für den Zwischenstreitskläger, aber er sagt uns nicht warum.

Die Lösung der Frage ist um so schwieriger, weil der äussere Anhalt fehlt, der im eigentlichen Rechtsstreit die Lösung so sehr erleichtert. Wenn man nun sagen wollte, Angreifer kann im Zwischenstreit nur derjenige sein, der eine bestimmte Prozessrechtsnorm angewandt wissen will, so würde hierdurch nichts gewonnen sein, da oft im Zwischenstreit die eine Partei diese, die andere jene Norm als gegeben behauptet, wie z. B. grade beim Streit über die Beeidigung eines Zeugen. (§§. 356, 358.) Ebensowenig kann derjenige Angreifer sein, der durch seine Rüge des Fehlens der Voraussetzungen einer Prozessrechtsnorm einen Zwischenstreit ins Leben ruft, denn dann würde der Gegner des Editionsantragstellers der Zwischenstreitkläger sein, und dies ist unmöglich.

II. Auszugehen ist von den §§. 295, 296, die nach §. 312 Abs. 2 im Zwischenstreit „entsprechende" Anwendung finden sollen. Darnach muss Beklagter derjenige sein, der beim Ausbleiben der Gegenpartei im blossen Zwischenstreitstermin ohne Weiteres die Befugniss erhält, dass dieselbe mit ihrem Zwischenstreitsanspruch abgewiesen werde, Kläger aber derjenige, der stets erst gewisse Thatsachen nachzuweisen hat, ehe sein Anspruch vom Gericht als begründet anerkannt werden kann. Also kann Zwischenstreitskläger nur derjenige sein, der dafür beweispflichtig ist, dass eine bestimmte Prozessrechtsnorm in concreto anwendbar oder nicht anwendbar ist, und aus deren Anwend-

---

[1]) Gaupp Anm. II 2a sub α zu §. 312. — Ebenso sprechen Troll (Versäumnissurtheil S. 146), Wilmowski und Levy Anm. 4 zu §. 312, Sarwey Anm. 4 zu §. 312, einfach von Antragsteller und Gegner des Antragstellers. — Reincke (S. 340) nennt Zwischenstreitskläger die den Zwischenstreit betreibende Partei. Wer ist dies z. B. bei Vorschützung einer prozesshindernden Einrede?

[2]) Fitting, Lehrbuch §. 63 sub II a. E.

[3]) Seuffert, Anm. 3c zu §. 312.

barkeit und Nichtanwendbarkeit sich ergiebt, dass ihm selber ein prozessualisches Recht zusteht. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass dies Recht auch in einem beanspruchten prozessualischen Gegenrecht bestehen kann gegenüber einem beanspruchten prozessualischen Recht des Gegners, welches letztere ohne den Nachweis dieses Gegenrechts vom Gericht als bestehend angenommen werden würde (z. B. bei der Einrede der Rechtshängigkeit).

Entscheidend ist also für die Annahme, wer Kläger im Zwischenstreit ist, die Erwägung, wer an sich beweispflichtig ist, wer also die zur Entstehung seines Rechts nothwendigen, die rechtsbegründenden Thatsachen anzuführen und zu beweisen hat. Wer dagegen bloss diese Thatsachen bestreitet, oder rechtshindernde (z. B. im Falle des §. 217 behauptet der angebliche Rechtsnachfolger, er wäre zur Zeit, als er die Erbschaft der verstorbenen Partei angetreten habe, wahnsinnig gewesen) oder rechtsvernichtende (z. B. derselbe behauptet, er habe als nothwendiger Erbe von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht) Thatsachen behauptet, der kann nur Vertheidiger im Zwischenstreit sein, wenngleich er diese rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen seinerseits beweisen muss, denn er beansprucht in allen diesen Fällen kein eigenes prozessuales Recht oder Gegenrecht.

Beispiele:

1) Der Editionsantragsteller muss stets der Kläger im Editionsstreit sein, denn nur er beansprucht ein prozessuales Recht und ist hierfür beweispflichtig. Das Gleiche gilt für denjenigen, der einen Eid zu- oder zurückschieben will.

2) Diejenige Partei, welche im Falle des §. 217 die angeblichen Rechtsnachfolger zur Aufnahme des Rechtsstreits ladet, muss im Zwischenstreit über die erfolgte Aufnahme stets Kläger sein, denn wenn die Rechtsnachfolger im Termin ausbleiben, so gilt die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden und auf Grund dieses Zugeständnisses erst wird das Versäumnisszwischenurtheil über die Aufnahme des Rechtsstreits erlassen. Damit ist der Fall des §. 296 gegeben. Diese Partei aber ist auch die einzige, die ein prozessuales Recht beansprucht, nämlich das der Fortsetzung eines begonnenen Rechtsstreits grade gegen diese Personen.

3) Ebenso ist im Falle des §. 430. Der Gegner des Schwurpflichtigen muss Kläger sein, denn seine Behauptung der erfolgten Eidesverweigerung wird als zugestanden betrachtet und daraufhin das Versäumnissurtheil erlassen. Nur er beansprucht aber auch im Streit darüber, ob der Eid verweigert sei, einen positiven prozessualen Vortheil.

4) Wenn Streit über die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen entsteht, so hängt die Nichtbeeidigung völlig vom Willen der Parteien ab; sie können nach §. 356 Abs. 2

auf die Beeidigung verzichten. Dagegen darf die Beeidigung erst dann erfolgen, wenn das Gericht keine Bedenken hat, dass ein Fall des §. 358 gegeben ist. Diejenige Partei, welche die Beeidigung will, muss dem Gericht etwaige diesbezügliche Bedenken nehmen und ist die an sich beweispflichtige.

Kann sie dies nicht, mag auch die Gegenpartei alle diesbezüglichen Thatsachen zugestehen, so erfolgt die Beeidigung nicht. Die Gegenpartei, welche die Nichtbeeidigung will, macht bei näherer Betrachtung nicht sowohl ein Gegenrecht, ein Ausnahmerecht geltend, sie bestreitet vielmehr, dass die negativen Voraussetzungen des Beeidigungsrechts vorhanden sind, und wird nur beweispflichtig bezüglich etwaiger rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen.

Daher ist diejenige Partei, welche die Beeidigung verlangt, und nicht wie Seuffert a. a. O. will, diejenige, welche die Nichtbeeidigung verlangt, im Zwischenstreit die klagende Partei.

5) Dagegen beansprucht der Beklagte, welcher die prozesshindernden Einreden des §. 247 sub No. 3—5 vorschützt, ein von ihm zu beweisendes prozessuales Gegenrecht, um das sonst bestehende gegnerische prozessuale Recht des gültig erfolgten Angriffs hinfällig zu machen.

Werden aber die Einreden des §. 247, No. 2 und 6 vorgeschützt oder von Amtswegen zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht, so ist es Sache des Klägers, nachzuweisen, dass der Thatbestand dieser sogen. Einreden nicht vorliegt und die in ihnen liegende Rechtsnorm nicht anwendbar ist, d. h. positiv, dass das in der Klage beanspruchte Angriffsrecht auch nach der Seite der Zulässigkeit des Rechtswegs etc. begründet ist. Der Kläger ist zugleich Zwischenstreitskläger.

6) Durch die Rüge eines formalen Mangels bei der Zustellung der Klage wird wieder der Kläger gezwungen, nach der Seite des gerügten Mangels hin die rechtsbegründenden Thatsachen seines durch die Klage beanspruchten prozessualen Rechts zu behaupten und zu beweisen. Er bleibt Zwischenstreitskläger, auch wenn der Beklagte rechtshindernde oder -vernichtende Thatsachen anführt, denn nur er beansprucht ein prozessuales Recht.

§. 14.

Das Prinzip der Mündlichkeit, die Verhandlungsmaxime und die Officialthätigkeit des Gerichts im Zwischenstreit.

I. Da der Zwischenstreit Theil des Rechtsstreits im Sinne des §. 119 ist, so gilt für ihn auch der Grundsatz, dass über ihn mündlich zu verhandeln ist, und das Gericht nur dasjenige zu

berücksichtigen hat, was von den Parteien über ihn mündlich vorgetragen ist. Gilt für den Rechtsstreit selbst Anwaltszwang, so gilt er auch für den Zwischenstreit. In Anwaltsprozessen besteht auch die Pflicht der Parteien, die mündliche Verhandlung über den Zwischenstreit durch Schriftsätze vorzubereiten (§. 120), während im amtsgerichtlichen Prozesse vorbereitende Schriftsätze nur in's Ermessen der Parteien gestellt sind. Jedoch ist auch im Anwaltsprozess die Verpflichtung dadurch etwas abgeschwächt worden, dass bei Schriftsätzen, welche ein neues Vorbringen bezüglich eines Zwischenstreits enthalten, es genügt, wenn sie nur wenigstens 3 Tage vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden, während es einer schriftlichen Gegenerklärung auf solches neues Vorbringen überhaupt nicht bedarf (§. 123). Diese Bestimmungen sind hauptsächlich von Bedeutung für die §§. 312 Abs. 2 (300 No. 3) und 90 der C.-P.-O., sowie für §. 48 des G.-K.-G's.

Während aber die Zustellung gewisser Schriftsätze für den Rechtsstreit zugleich Prozess-Gründungshandlung ist, der Rechtsstreit selbst regelmässig schon vor der mündlichen Verhandlung in's Leben gerufen wird, gewinnt der Zwischenstreit erst in der mündlichen Verhandlung Existenz, sei es in Folge effektiven Bestreitens oder durch nothwendig werdende Prüfung von Amtswegen. Aus der Parteirolle, welche Kläger und Beklagter im Zwischenstreite einnehmen, ergiebt sich dann, inwieweit ihnen in der mündlichen Verhandlung obliegt, Thatsachen zu behaupten. Prinzipiell gilt der Satz, dass jede Partei auf die behaupteten Thatsachen sich zu erklären hat, dass zugestandene Thatsachen keines Beweises bedürfen, und dass behauptete Thatsachen als zugestanden gelten, sofern sie nicht vom Gegner bestritten werden (§§. 129, 261). Sofern sie aber bestritten werden, bedürfen sie des Beweises nach den gewöhnlichen Regeln der Civilprozessordnung, falls nicht blosse Glaubhaftmachung, wie beim Editionsstreit, im einzelnen Falle genügt.

II. Wie das Gericht aber nur das mündlich Vorgetragene zu berücksichtigen hat, so ist es auch nur befugt, ein prozessuales Recht einer Partei insoweit zuzusprechen, als sie selber es beansprucht hat (§. 279). Wird z. B. die Edition einer Urkunde beantragt, so darf das Gericht bei Zulässigkeit des Antrags nicht die Edition noch einer zweiten Urkunde anordnen, selbst wenn sich aus dem Vortrag der antragstellenden Partei und ihren Nachweisen ergiebt, dass dieselbe die Edition auch dieser Urkunde beanspruchen könnte. Ebensowenig darf überhaupt die Edition einer Urkunde angeordnet werden, wenn dies nicht beantragt ist (Ausnahme: §§. 133, 134).

III. Die sub I dargelegten Grundsätze erleiden aber eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass es sich regelmässig nicht, wie im Rechtsstreit selbst, um beanspruchte Rechte handelt, welche der Parteidisposition unterliegen. Gegenstand des Zwischenstreits bilden eben Rechte, die auf dem Prozessrecht, einem Theil der öffentlichen Rechtsordnung, beruhen. Regelmässig hat daher hier das Gericht, wie bereits auszuführen versucht ist, von Amtswegen darauf zu achten, dass die behaupteten Voraussetzungen eines beanspruchten prozessualen Rechts thatsächlich gegeben und wahr sind, und von dieser Prüfung nur dann abzusehen, ein Fehlen der Voraussetzungen also zu ignoriren, wenn die Rechtsordnung selber, etwa bei erklärtem Verzicht, dies gestattet. Ist aber Officialprüfung vorgeschrieben, so darf das Gericht hiervon nicht dadurch sich zurückhalten lassen, dass die gegnerische Partei das ihr gegenüber beanspruchte prozessuale Recht anerkennt oder die es begründenden Thatsachen zugesteht oder nicht bestreitet.[1]) Ein Beispiel liefert die Einlegung der Berufung (§. 497). Jedoch hat diese Officialprüfung sich nur darauf zu beschränken, ob die Partei im Stande ist, dem Gericht dasjenige Material vorzulegen und eventuell zu beweisen, aus dem sich die thatsächliche Begründetheit des beanspruchten prozessualischen Rechts ergiebt. Hier greift wieder der Gesichtspunkt des §. 119 ein. Nur der von den Parteien dem Gericht in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Prozessstoff wird von demselben bei der Entscheidung über den Rechtsstreit als Theil des Rechtsstreits benutzt. Zur selbstständigen Ermittelung des wahren Sachverhaltes (Officialverfahren, wie z. B. im Entmündigungsverfahren [§. 597], theilweise auch in Ehesachen [§. 581]) ist aber das Gericht weder berufen, noch verpflichtet.[2]) Selbstverständlich darf das Gericht aber notorische Thatsachen suppliren und berücksichtigen, da dies überall als von den Parteien stillschweigend gewollt anzusehen ist.[3])

In welchen Fällen das Gericht von dieser Officialprüfung abzusehen hat, regelt insbesondere der §. 267. Derselbe gestattet dies, vorausgesetzt natürlich, dass es sich überhaupt um verzichtbare Normen handelt, nicht bloss bei Verzicht derjenigen Partei, welche an der Innehaltung der Norm ein Interesse und daher wegen ihrer Nichtinnehaltung sich zu beschweren Grund hat, sondern auch bei eingetretener Präklusion des Rügerechts in der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des

[1]) Seuffert, Anm. 8 zu §. 261.

[2]) Vergl. über diese Streitfrage Gaupp, Anm. II, Note 13 zu §. 89 und Note 3 auf S. 260, sowie die dort citirten.

[3]) Vergl. Planck, Lehrbuch I, S. 444—447, Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältniss, S. 26 f.

betreffenden Verfahrens, d. h. der betreffenden unter Verletzung einer Prozessrechtsnorm vorgenommenen Prozesshandlung, stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, obwohl die Partei erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste. Diese Bestimmung ist geeignet, in zahlreichen Fällen das Entstehen eines Zwischenstreits zu verhindern. Das Gericht ist von Amtswegen[4]) verpflichtet, auf Innehaltung des §. 267 zu achten. Versuche einer Partei, durch Bestreiten eines vom Gegner beanspruchten prozessualischen Rechts sich einem prozessualischen Nachtheil zu entziehen, obwohl sie das Recht zum Bestreiten durch Verzicht oder Präklusion nach §. 267 verloren hat, sind für das Gericht völlig unbeachtlich. Etwas anderes ist es aber, wenn die Frage, ob das Rügerecht verloren gegangen ist, zum Gegenstand einer mündlichen Verhandlung gemacht wird. Hier entsteht wieder ein Zwischenstreit unter den Parteien.

§. 15.

Die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden bei einem Zwischenstreit unter den Parteien.

Für den Vorsitzenden gelten im Grossen und Ganzen bei einem Zwischenstreit dieselben Regeln, wie überhaupt bei einem Rechtsstreit, da der Zwischenstreit ja nur einen Theil des Rechtsstreits bildet. Insbesondere hat er bei der mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit dieselbe zu leiten, bei blossen Zwischenstreitsterminen sie auch zu eröffnen, den Parteien das Wort zu ertheilen und eventuell zu entziehen, für vollständige Erörterung des Zwischenstreits zu sorgen etc. (§§. 127, 128, 130). Seine Sache ist es ferner, die Termine zu bestimmen, wenn solche lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit nöthig werden sollten, sowie die einen Zwischenstreit entscheidenden Zwischenurtheile des Gerichts zu verkünden.

Von Wichtigkeit ist insbesondere die Bestimmung des §. 130 Abs. 2: „Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.“ Hierdurch ist der Vorsitzende, sofern es sich bei denselben um beanspruchte prozessualische Rechte einer Partei gegenüber der andern handelt, in wesentlicher Weise berufen zur Constituirung eines Zwischenstreits, indem er als Organ des Gerichts diese Punkte zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung macht.

---

[4]) Seuffert, Anm. 5 zu §. 267.

§. 16.

Die Befugniss des Gerichts zur Anordnung abgesonderter und getrennter Verhandlung über den Zwischenstreit.

I. Durch den §. 137 wird dem Gerichte die Befugniss verliehen, bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln die Verhandlung zunächst auf eines oder auf einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken. Da nun aber nach den bisherigen Ausführungen die prozessualischen Streitpunkte nicht, selbst nicht zum Theil, unter den Begriff der „selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel" fallen, so würde sich hiernach per argumentum e contrario ergeben, dass das Gericht bei Zwischenstreiten die Befugniss zur Anordnung einer abgesonderten Verhandlung über sie nicht hat. Dieser Schluss hat manchen[1]) genöthigt, eine verschiedene Bedeutung des Ausdrucks „selbstständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel" im Gesetze anzunehmen und in §. 137 auch die selbstständigen prozessualen Streitpunkte unter ihnen zu verstehen, im Uebrigen aber sie von dem Begriffe auszuschliessen. Diese verschiedenartige Terminologie würde nur dann zu billigen sein, wenn sie überhaupt nothwendig wäre und im Gesetze einen Anhalt hätte, denn zunächst muss man doch davon ausgehen, dass unter dem gleichen Ausdruck im Gesetze auch Gleiches verstanden wird.

II. Aber in der That ist der gemachte Schluss nicht berechtigt. Er würde es nur sein, wenn überhaupt §. 137 als die allein massgebende Norm sich darstellte. Aber §. 137 gestattet nur, anzuordnen, dass „die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei". Es soll also immer nur die Verhandlung, und auch diese nur zunächst, beschränkt werden, ein Termin lediglich zur Verhandlung über eines oder mehrere der selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel würde unzulässig sein, vielmehr bleibt trotz Anordnung abgesonderter Verhandlung der Termin als solcher immer zur Verhandlung des gesammten Rechtsstreits bestimmt. Von einem ganz anderen Standpunkt geht aber §. 312 Abs. 2 aus, indem er als gültig anerkennt Termine, welche lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt sind. Das in §. 312 Abs. 2 liegende Prinzip giebt dem Gericht für Zwischenstreite ein weitergehendes Recht, als die blosse Anordnung abgesonderter Verhandlung über Zwischenstreite: Das Gericht ist hier zur Anordnung völlig getrennter

[1]) z. B. Seuffert, Anm. 2 und 4 zu §. 137.

Verhandlung sogar befugt. Der Schluss vom majus auf das minus dürfte unabweisbar sein, und so muss denn behauptet werden, dass zwar nicht §. 137, wohl aber §. 312 Abs. 2 dem Gericht die Befugniss verleiht, die Beschränkung der mündlichen Verhandlung zunächst auf einen Zwischenstreit anzuordnen.

III. Allerdings behauptet Troll,[2]) dass nur im Falle des §. 331 und des §. 315 Abs. 2 das Gericht befugt sei, einen Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit zu bestimmen. Ueberall, wo das Verfahren vor dem Prozessgericht stattfinde, nicht durchbrochen durch die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters, dürfe es dies nicht, weil §. 127 Abs. 3 bestimme, dass der Vorsitzende Sorge zu tragen habe, dass die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde, und derselbe erforderlichen Falls die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen habe. Das Gericht dürfe nicht die Hauptsache aussetzen und nur für den Zwischenstreit Termin bestimmen, noch zwei Termine, je einen für Hauptsache und Zwischenstreit festsetzen. —

Troll's Beweisführung aus §. 127 ist nicht zwingend.

Wenn der Vorsitzende immer nur einen Termin, eine Sitzung auf Grund der unmittelbar vorhergehenden Sitzung bestimmen kann, so folgt hieraus noch nicht, dass die folgende Sitzung immer nur zur Verhandlung des ganzen Rechtsstreits bestimmt werden darf. Denn „die Verhandlung" braucht keineswegs die Verhandlung über den ganzen Rechtsstreit zu bedeuten; gerade in §. 119, auf den Troll sich beruft, heisst es nicht schlechtweg die Verhandlung, sondern die Verhandlung über den Rechtsstreit. Dieser Zusatz fehlt in §. 127. Uebrigens würde auch ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit immer noch ein Termin zur Verhandlung über den Rechtsstreit bleiben, und es will nicht einleuchten, warum ein solcher Termin nicht ebenfalls ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung (über den Rechtstreit) genannt werden soll.

Ebensowenig kann ihm darin beigestimmt werden, dass in der Bestimmung eines Termins lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit eine Aussetzung liegen würde. Wäre dies richtig, so würde allerdings die Bestimmung von Zwischenstreitsterminen unzulässig sein, denn eine Aussetzung kann nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, zu denen der Zwischenstreit nicht gehört, angeordnet werden. Troll operirt auch nicht mit einer wirklichen Aussetzung des Verfahrens, sondern mit einer Aussetzung der Hauptsache. Damit aber führt er einen der Civil-

[2]) Troll, Versäumnissurtheil, S. 142 f. 215 f. Ihm hat sich theilweise angeschlossen Planck, Lehrbuch II, S. 110 f.

prozessordnung völlig unbekannten Begriff ein. Dieselbe kennt ausser Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens nur eine Aussetzung des gesammten Verfahrens zu der Wirkung, dass jede nicht auf Wiederaufnahme des Verfahrens gerichtete Parteithätigkeit wirkungslos ist. Ein solcher Stillstand des gesammten Verfahrens würde bei Bestimmung eines Zwischenstreitstermins überhaupt nicht in Frage kommen, im Gegentheil, es könnten trotz Anordnung des Zwischenstreitstermins vorbereitende Schriftsätze sogar zur Hauptsache mit rechtlicher Wirkung gewechselt werden, also ruht nicht einmal die Hauptsache. Ferner fallen bei Aussetzung alle angesetzten Termine weg, und hier sollte der angesetzte Zwischenstreitstermin gerade deswegen, weil er angesetzt ist, wegfallen? Für die allerdings eintretende theilweise Hemmung des Verfahrens zur Hauptsache bietet eine zutreffende Analogie die Prozesslage, welche eintritt, wenn nach Erlass des eine prozesshindernde Einrede verwerfenden Urtheils die Verhandlung zur Hauptsache nicht vor eingetretener Rechtskraft dieses Urtheils angeordnet wird.

Das Argument, welches Troll aus §. 310 für seine Ansicht zu gewinnen versucht, fällt zusammen, wenn berücksichtigt wird, dass das Recht und die Verpflichtung der Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, zur Hauptsache zu verhandeln, nur in der ersten zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, besteht, nicht aber in einem zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmten Termin, wie ein in einer dieser Sitzungen anberaumter und lediglich zur Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs bestimmter Termin es sein würde. Hier kann daher ein Versäumnissurtheil auf Grund des §. 310, durch welches wegen nicht geschehener Verhandlung zur Hauptsache der — an sich zulässige — Einspruch verworfen wird, wogegen nur Berufung zulässig sein würde, überhaupt nicht mehr ergehen, wohl aber das Versäumniss-Zwischenurtheil des §. 312 Abs. 2 auf Feststellung, dass der Einspruch zulässig oder unzulässig ist, wogegen wieder Einspruch eingelegt werden könnte, ebenso wie bei nicht erfolgter Beschränkung des Gegenstandes des Termins zur Fortsetzung der Verhandlung ein neues sachliches Versäumnissurtheil und neuer Einspruch möglich sind.

Als beweiskräftig kann auch nicht der Hinweis auf §. 248 bezeichnet werden, wonach bei prozesshindernden Einreden abgesonderte Verhandlung gestattet wird. Wenn dieselbe gestattet wird, so ist damit noch nicht gesagt, dass nur dieselbe und nicht auch getrennte Verhandlung gestattet ist, zumal da hier noch besonders vorgeschrieben ist, dass, wenn abgesonderte Verhandlung angeordnet ist, auch abgesonderte Entscheidung nothwendig ergehen muss.

Schlecht will es ferner mit der Theorie Troll's stimmen, dass das Gesetz auch ausser den von ihm anerkannten Ausnahmen bei dem Verfahren nur vor dem Prozessgericht Termine kennt, die lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit kraft Gesetzes bestimmt sind. Vergl. §. 217 Abs. 4 und §. 430. Wenn die Rechtsnachfolger bezw. der Schwurpflichtige in dem Termine ausbleiben, so gilt der Termin kraft Gesetzes als lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt. Davon also, dass Zwischenstreitstermine nur dann zulässig sein sollen, wenn das Verfahren durch die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters durchbrochen ist, weiss das Gesetz selber nichts.

Dass der §. 137 bei selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln nur abgesonderte, nicht getrennte Verhandlung gestattet, erklärt sich dann leicht, wenn man unter ihnen nur materiellrechtliche, sich direkt auf den Anspruch beziehende Rechtsbehelfe versteht.

Darin allerdings hat Troll sicher Recht, dass das Gericht nicht befugt ist, 2 Termine, einen für den Zwischenstreit und einen für die Hauptsache, gleichzeitig anzuberaumen. Der Grund ist aber hier vorzugsweise der, dass bei Erlass eines Versäumniss-Zwischenurtheils mit dem weiteren Verfahren gewartet werden muss, bis entweder das Versäumnissurtheil rechtskräftig geworden oder in Folge eingelegten Einspruchs über die Frage durch contradictorisches Zwischenurtheil entschieden ist. Darüber später das Nähere.

Wenn somit aus den obigen Bestimmungen des Gesetzes triftige Gründe gegen die generelle Zulassung von Zwischenstreitsterminen sich nicht herleiten lassen und nirgends im Gesetze direkt gesagt ist, dass solche Termine nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein sollen, so dürfte mit Recht anzunehmen sein, dass der §. 312 Abs. 2, unbefangen betrachtet, die Verweisung des Zwischenstreits zu getrennter Verhandlung, die Anberaumung eines Termins lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit dem Gericht ganz allgemein gestattet. Damit stimmt auch die herrschende Meinung überein.[3])

IV. Die unmittelbare Consequenz hiervon ist aber, wie bereits hervorgehoben, die allgemeine Berechtigung des Gerichts, anzuordnen, dass in einem Termine abgesondert über einen Zwischenstreit verhandelt werden soll. Ein argumentum e contrario gegen dieses Resultat dürfte aus den §§. 216 Abs. 1, 248 Abs. 1 letzter

[3]) Seuffert, Anm. 3b zu §. 312, Gaupp, Anm. II a. E. zu §. 312, Wilmowski und Levy, Anm. 3 zu §. 312. Struckmann und Koch, Anm. 3 zu §. 312. v. Kries, Rechtsmittel, S. 167. v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 816.

Satz, 465 Abs. 3, 490 Abs. 2, 553 Abs. 2, 557 kaum zu entnehmen sein. Wohl aber wird dasselbe indirekt bestätigt durch die generelle Zulassung abgesonderter Entscheidung über einen Zwischenstreit (§. 275). Mit Recht wird angenommen, dass die Möglichkeit abgesonderter Entscheidung und abgesonderter Verhandlung einander entsprechen müssen, und dass die ausdrückliche Zulassung abgesonderter Verhandlung über einen Zwischenstreit in den vorhin erwähnten Gesetzesstellen nur als Beispiele und Hervorhebung der wichtigeren Anwendungsfälle aufzufassen sind.[4]) Dass diese Möglichkeit von grosser Bedeutung für das Gericht ist, indem es nunmehr in der Lage ist, sich auch bei einer grösseren Anzahl prozessualischer Streitpunkte, zumal wenn dieselben von complicirter Beschaffenheit sind, die nöthige Uebersicht zu bewahren und die Parteien zur folgerichtigen, systematischen Darlegung des gesammten Prozessstoffes zu zwingen, dies bedarf keiner weitern Ausführung.[5])

Die Anordnung abgesonderter Verhandlung erfolgt durch Beschluss (§. 141 verbunden mit §. 289)[6]), von Amtswegen oder auf Antrag, und kann jederzeit wieder aufgehoben werden. Es ist jedoch bestritten, ob diese Aufhebung auch dann noch möglich ist, wenn der Beklagte zwar prozesshindernde Einreden vorgeschützt, aber von der Befugniss, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, keinen Gebrauch gemacht hat, und das Gericht trotzdem die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat.[7])

V. Ob das Gericht getrennte oder abgesonderte Verhandlung über einen Zwischenstreit anordnen will, steht regelmässig in seinem Ermessen. Das Gericht wird aber ganz besonders bei Anordnung getrennter Verhandlung zu erwägen haben, ob dieselbe für den Fortgang des Verfahrens auch wirklich von Nutzen sein wird, da sonst leicht Zeit, Mühe und Kosten unnütz verschwendet werden und die Einheitlichkeit des Prozesses zerrissen wird.

Obligatorisch ist dagegen die Anordnung getrennter Verhandlung in den Fällen der §§. 315 Abs. 2 und 331, während getrennte Verhandlung auch ohne besondere Anordnung kraft Gesetzes eintreten muss in den Fällen der §§. 217 Abs. 4 und 430 (439). Bloss abgesonderte Verhandlung von Zwischenstreitspunkten muss erfolgen beim Vorschützen prozesshindernder Einreden unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache im erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten (§. 248 Abs. 1).

---

[4]) Planck, Lehrbuch II, S. 115, II 1.

[5]) Vergl. auch die Motive §. 7 der Allgemeinen Begründung des Entwurfs.

[6]) Schepers in Gruchot's Beiträgen, Band 24, S. 868.

[7]) Vergl. einerseits Seuffert, Anm. 1 zu §. 248, andererseits Gaupp, Anm. I, 1 zu §. 248.

VI. Hervorzuheben dürfte noch sein, dass, wenn in erster Instanz eine prozesshindernde Einrede gemäss §. 248 Abs. 1 verworfen ist und gegen dieses Urtheil Rechtsmittel eingelegt werden, die Termine in der Rechtsmittelinstanz nicht ohne Weiteres lediglich zur Verhandlung über einen bestimmten Zwischenstreit bestimmt sind, wenngleich Verhandlungsgegenstand in erster Linie diejenige Frage bildet, die in der früheren Instanz einen Zwischenstreit bildete. Aber mit derselben ist der Verhandlungsgegenstand nicht erschöpft, da ja jetzt auch neue prozesshindernde Einreden eventuell noch vorgeschützt werden können (§§. 490, 500 Abs. 2). Bei Säumniss einer Partei ist daher §. 312 Abs. 2 nicht anwendbar.

§. 17.

Die Befugniss der Parteien zur Herbeiführung getrennter Verhandlung über einen Zwischenstreit.

I. Das im vorigen Paragraphen sub V erwähnte Recht der Parteien, im Falle des §. 248 Abs. 1 abgesonderte Verhandlung über einen Zwischenstreit zu erzwingen, leitet über zu der Frage, ob auch die Parteien unter Umständen es in der Hand haben, ihrerseits getrennte Verhandlung über einen Zwischenstreit herbeizuführen. Seuffert[1]) behauptet, eine Partei könne nicht dadurch, dass sie lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit ladet, den Termin zu einem nur zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten stempeln; diese Beschränkung sei nur bei Terminen möglich, die von Amtswegen bestimmt werden. Auch Gaupp[2]) nimmt an, die Bestimmung müsse von dem Gericht ausgehen, denn der Partei stände hierüber eine Disposition nicht zu. Dagegen nehmen Reincke, sowie Wilmowski und Levy[3]) an, dass jede Partei befugt sei, diese gerichtliche Bestimmung gültig dadurch herbeizuführen, dass sie eine Ladung zur Verhandlung lediglich über den Zwischenstreit gemäss §§. 191 Abs. 1, 193 bei Gericht einreicht, auf welche dann die Terminsbestimmung zu setzen der Vorsitzende verpflichtet sei. Dieser Termin sei dann nur für den Zwischenstreit bestimmt.

II. Das Richtige dürfte in der Mitte liegen. Sowenig es erlaubt ist, dass eine Partei innerhalb eines Rechtsstreits die

---

[1]) Seuffert, Anm. 3b zu §. 312. Ebenso Struckmann und Koch, Anm. 3 zu §. 312.

[2]) Gaupp, Anm. II Abs. 2 zu §. 312. — Vergl. Fischer in Gruchot's Beiträgen, Band 25, S. 631 sub c.

[3]) Reincke, S. 340 No. 4 Abs. 2, Wilmowski und Levy, Anm. 3 Abs. 2 zu §. 312.

Gegenpartei zur Verhandlung über die Hauptsache ladet, wenn bereits ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt ist, sowenig darf dies erlaubt sein, wenn es sich nur um einen Zwischenstreit handelt. Zwei Termine in derselben Sache neben einander sind nach der Civilprozessordnung ein Unding, denn z. B. §. 228 Abs. 2 bestimmt, dass das Verfahren ruhen soll, wenn in einem Termin zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht erscheinen. Wären 2 Termine möglich, so hätte die Bestimmung nur Sinn, wenn etwa hinzugefügt wäre: „sofern nicht noch ein anderer Termin in derselben Sache anberaumt ist.“ Denn warum sollte in diesem Falle auch ein Ruhen des Verfahrens eintreten? Im regelmässigen Verfahren wird es daher nur Sache des Gerichts sein, einen ihm nothwendig erscheinenden Termin zur Verhandlung lediglich über einen Zwischenstreit von Amtswegen zu bestimmen, wie es überhaupt Pflicht des Gerichts ist, so lange keine Unterbrechung eingetreten ist, für die Fortrückung des Verfahrens eventuell durch Anberaumung eines neuen Termins zu sorgen. Aber anders dürfte es sich gestalten, wenn irgendwie eine Unterbrechung des Verfahrens im weitern Sinne eingetreten ist, denn die Zulassung von Ladungen im Parteibetrieb zwecks Verhandlung über einen Zwischenstreit kann doch nicht völlig zwecklos im §. 191 Abs. 1 erfolgt sein. Daher gestattet wenigstens Troll[4]), dass, wenn beide Parteien in einem von Amtswegen anberaumten Zwischenstreitstermin nicht erscheinen, jede Partei von Neuem zu dem gleichen Zweck laden und den dann anberaumten Termin so zu einem lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten Termine stempeln könne.

III. Man wird aber weiter gehen und annehmen müssen, dass die Parteien regelmässig da, wo eine Unterbrechung i. w. S. stattgefunden hat, das Gericht also nicht mehr in der Lage ist, seinerseits für die Fortrückung des Verfahrens zu sorgen, befugt sind, das Verfahren dadurch wieder in Gang zu bringen, dass sie zunächst zur Verhandlung über einen Zwischenstreit laden. Wenn das Interesse einer Partei dies erforderte, so ist kein Grund ersichtlich, warum sie es nicht in dieser Weise dürfte, selbst wenn der letzte voraufgegangene Termin kein blosser Zwischenstreitstermin war. Z. B. der Beklagte hat eine prozesshindernde Einrede vorgeschützt und die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, der Kläger aber hat sich auf die Einrede noch nicht sofort erklären können und die Parteien vereinbaren nun im Termin, dass das Verfahren einstweilen ruhen solle. Sollte hier nicht jede Partei das Recht haben, demnächst den Gegner zur Verhandlung nur über die prozesshindernde Einrede zu laden, zumal da der Beklagte

[4]) Troll, Versäumnissurtheil S. 145.

die Einlassung zur Hauptsache verweigert hat?[5]) Eine Ausnahme muss allerdings statuirt werden für die Fälle der §§. 217, 223, wo ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass die Ladung sich nicht nur auf die Zwischenstreitsfrage, sondern auch auf die Verhandlung zur Hauptsache zu erstrecken hat. Dagegen erscheint als gradezu nothwendig eine Ladung zur Verhandlung lediglich über einen Zwischenstreit, wenn die säumige Partei gegen ein auf Grund des §. 312 Abs. 2 (nicht der §§. 217 Abs. 4, 430) ergangenes Versäumnisszwischenurtheil Einspruch einlegt.

Der §. 312 Abs. 2 bestimmt, dass die übrigen Vorschriften des betreffenden Titels „entsprechende" Anwendung finden sollen. Nun bestimmt allerdings §. 305 No. 3, dass die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache in dem Einspruch enthalten sein muss. Hauptsache ist aber ein relativer Begriff und bedeutet hier nur den Gegensatz zu der Verhandlung über die Prozessvoraussetzungen des Einspruchs.[6]) Für ein blosses Versäumniss-Zwischenurtheil des §. 312 Abs. 2 kann Hauptsache nur die in demselben entschiedene Zwischenstreitsfrage sein, und eine Ladung zur Verhandlung über die Hauptsache im Sinne des §. 191 dürfte unzulässig sein. Dies ergiebt §. 331. Die Fortsetzung der Beweisaufnahme kann nicht eher erfolgen, als bis der Zwischenstreit erledigt ist.[7]) Vor der Beendigung der Beweisaufnahme ist aber eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache im Sinne des §. 191 unzulässig (§. 335 Abs. 2).

Daher muss und kann zunächst nur die Erledigung des Zwischenstreits von den Parteien herbeigeführt werden. Die Ladung im Einspruch hat sich daher zu beschränken auf die mündliche Verhandlung über den Zwischenstreit, und der angesetzte Termin ist ein lediglich hierzu bestimmter. Ergiebt aber für ein auf Grund des §. 331 ergangenes Versäumnisszwischenurtheil die entsprechende Anwendung des §. 305, dass Verhandlungsgegenstand nur die Zwischenstreitsfrage sein kann, so muss angenommen werden, dass dies überhaupt für die Versäumnisszwischenurtheile des §. 312 Abs. 2 unter der vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung zu verstehen ist. Denn der §. 307 bestimmt, dass durch einen zulässig eingelegten Einspruch der Prozess in die Lage zurückversetzt werden soll, in der er sich vor Eintritt der Versäumniss befand. Diese Lage aber bestand grade darin, dass ein blosser Zwischenstreitstermin angesetzt war. Würde zur Verhandlung über den Rechtsstreit als solchen geladen

[5]) Allerdings würde sie auch befugt sein, trotz der Einlassungsverweigerung zur Verhandlung über den Rechtsstreit als solchen zu laden.

[6]) Seuffert, Anm. 2 zu §. 305.

[7]) Troll, Versäumnissurtheil, S. 143.

werden können, so würde keine völlige Restitution der Prozesslage eintreten.

Für die besonderen Fälle der §§. 217 Abs. 4 und 430 muss jedoch hiervon grade mit Rücksicht auf §. 307 eine Ausnahme gemacht werden. Die Termine, in denen das Versäumnisszwischenurtheil erging, waren nicht lediglich Zwischenstreitstermine. Soll nun der Prozess in die frühere Lage zurückversetzt werden, so darf die Ladung des Einspruchs sich nicht bloss auf die Verhandlung über die Zwischenstreitsfrage beschränken.

§. 18.

Zulässigkeit und Wirkung abgesonderter Entscheidung über einen Zwischenstreit.

I. Dadurch, dass §. 275 dem Gericht gestattet, ein Zwischenurtheil zu erlassen, sobald ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist, wird dem Gericht eine Befugniss von weittragender Bedeutung verliehen. Der Verweitläuftigung des Prozesses wird durch die gewährte Möglichkeit der Anordnung abgesonderter Verhandlung über einen Zwischenstreit noch nicht genügend entgegen getreten, denn nichts würde die Parteien hindern, später wieder auf den bereits abgesondert verhandelten Punkt zurückzukommen und besonders durch Benennung neuer Beweismittel den Prozess zu verschleppen. Diese Lücke füllt der §. 275 aus. Indem das Gericht bereits vor dem Endurtheil über den Zwischenstreit durch Zwischenurtheil entscheidet, erledigt es damit diesen Prozessstoff endgültig für die Instanz. Weil das Gericht als solches, unabhängig von einem etwaigen Wechsel des Richterpersonals, nach §. 289 an die von ihm erlassenen Zwischenurtheile und an die in ihnen getroffenen Feststellungen gebunden ist, dieselben weder aufheben, noch abändern kann, so sind auch die Parteien für die Instanz an diese Zwischenurtheile gebunden. Sie können nun nicht mehr durch Vortragung neuer Thatsachen und Beweismittel das Gericht zu einer anderweitigen Feststellung zu bewegen versuchen. Jeder Versuch der Parteien, den Streit von Neuem zu entfachen, würde vom Vorsitzenden zurückgewiesen werden müssen (§. 127).

Hand in Hand mit dieser Abschneidung von Prozessverschleppungen geht der Vortheil grösserer Uebersichtlichkeit des Prozessstoffs für die Weiterverhandlung des Rechtsstreits.

II. Das Zwischenurtheil des §. 275 hat den Charakter eines anticipirten Bestandtheils der Entscheidungsgründe des Endurtheils und lautet stets nur auf Feststellung des Vorliegens des Thatbestandes einer Prozessrechtsnorm, bezw. eines selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels. Hieraus ergiebt sich schon,

dass der Richter ein Zwischenurtheil nur zu erlassen hat, wenn ein Endurtheil überhaupt noch vorzubereiten ist, also nicht, wenn gleichzeitig der Rechtsstreit selbst zur Entscheidung reif ist. Ein Zwischenurtheil, welches über einen event. prozessentscheidenden Punkt nach der Richtung hin entscheidet, dass implicite auch der Prozess entschieden wäre, wäre logisch zwar nicht unmöglich, widerspräche aber derart der ausdrücklichen Bestimmung des §. 272, sowie überhaupt den auf möglichste Schnelligkeit und Einfachheit des Verfahrens gerichteten Intentionen des Gesetzes, dass es nur da für zulässig erklärt werden muss, wo das Gesetz selber dies vorschreibt.

Dies liegt unter Umständen vor beim Versäumniss-Zwischenurtheil der §§. 430 (439) und 312 Abs. 2. Aber auch hier hat das Gericht strenge darauf zu achten, dass das Versäumnissurtheil auf nichts anderes geht als nur auf Feststellung der thatsächlichen Begründetheit, bezw. Unbegründetheit der betreffenden Prozessrechtsnorm. Eine Abweisung des Klägers oder eine Verurtheilung des Beklagten oder eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits darf in dem Zwischenurtheil niemals erfolgen, da es überhaupt nicht auf Zu- oder Aberkennung lauten darf.

III. Regelmässig steht es zum Ermessen des Richters, ob der Richter über den Zwischenstreit durch Zwischenurtheil entscheiden oder sich die Entscheidung bis zum Endurtheil aufsparen will.[1]) Nur in gewissen Fällen muss er kraft Gesetzes ein Zwischenurtheil erlassen: §§. 248 Abs. 1, 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 430 (439). Ferner wird bei den §§. 315 Abs. 2, 331 ein Zwischenurtheil vielfach kaum zu umgehen sein, und man wird aus der Natur der hier behandelten Fälle wohl das Princip entnehmen dürfen, dass es dann stets Pflicht des Richters ist, über den Zwischenstreit durch Zwischenurtheil zu entscheiden, sobald diese Entscheidung zur Fortrückung des Prozesses nothwendig ist.[2]) Endlich ist zu beachten, dass, wenn gegen das Versäumniss-Zwischenurtheil des §. 430 Einspruch eingelegt wird, auf den Einspruch stets ein Zwischenurtheil erfolgen muss, mag es nun als kontradiktorisches oder Versäumnissurtheil ergehen und das ursprüngliche Versäumnissurtheil aufrecht halten oder aufheben. Denn ehe nicht der Einspruch erledigt ist, ist eine Weiterverhandlung ausgeschlossen.

Auf einen Einspruch gegen das Versäumniss-Zwischenurtheil der §§. 217 Abs. 4 und 312 Abs. 2 braucht dagegen nicht nothwendig stets wieder ein Zwischenurtheil zu erfolgen.

[1]) Motive S. 217. — Darüber, dass der Erlass eines Zwischenurtheils nicht in das unbeschränkte Belieben des Richters gestellt ist, s. Hergenhahn im Archiv f. civil. Praxis, Bd. 79, S. 118.

[2]) v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Bd. XXII, S. 817.

Dass dem Erlass des Zwischenurtheils abgesonderte Verhandlung vorherging, ist in §. 275 nicht vorgeschrieben und daher nicht als erforderlich zu betrachten.[3])

IV. Das Zwischenurtheil über einen Zwischenstreit ist Urtheil im Sinne der Civilprozessordnung. Es muss daher auch den vom Gesetz an ein Urtheil gestellten Anforderungen genügen und unterliegt insbesondere den Vorschriften der §§. 280—291.

Wie aber, wenn das Gericht diese Vorschriften nicht beachtet hat? Theilweise helfen hier bereits die §§. 290, 291.

Sind es aber Mängel, die auf diesem Wege nicht beseitigt und auch im schliesslichen Endurtheil nicht verbessert werden können, z. B. durch Nachholung fehlender Entscheidungsgründe, so klebt der Mangel dem Endurtheil an. Von der Anfechtbarkeit desselben, sowie von Art und Grad des Mangels wird es abhängen, ob durch Einlegung eines Rechtsmittels eine Aufhebung des Endurtheils in der höheren Instanz zu erreichen sein wird (§§. 501, 527). Wenn aber das Gericht inkorrekter Weise statt eines Zwischenurtheils ein Endurtheil erlassen haben sollte, so kann durch Anfechtung dieses Endurtheils geholfen werden.[4]) Am schwierigsten jedoch liegt die Sache, wenn das Gericht statt durch Zwischenurtheil durch Beschluss über einen Zwischenstreit entschieden hat. Würde auch hier die inkorrekte Bezeichnung und Fassung massgebend sein für den Charakter der Entscheidung überhaupt, so würde dies weittragende Consequenzen haben bezüglich der Abänderlichkeit in derselben Instanz und der eventuellen Anfechtbarkeit durch Beschwerde. Die Frage ist aber dieselbe, wenn über den Rechtsstreit selbst statt durch Endurtheil nur durch Beschluss entschieden werden würde, z. B. die Klage durch Beschluss ohne Thatbestand und Gründe abgewiesen und der Kläger in die Kosten verurtheilt würde. Beschwerde würde gegen einen solchen Beschluss wegen Fehlens der Voraussetzungen des §. 530 nicht möglich sein, ebensowenig aber eine Weiterverhandlung des Rechtsstreits in derselben Instanz. denn hierfür wäre nach einer solchen Entscheidung kein Raum mehr. Es erscheint mir daher nothwendig, dass in diesem Falle der rein formale Gesichtspunkt, den das Reichsgericht im Allgemeinen anzulegen pflegt, aufgegeben wird. Wenn über den Rechtsstreit selbst nur durch Endurtheil entschieden werden kann, so muss auch die über den Rechtsstreit als solchen getroffene Entscheidung materiell stets ein Endurtheil bleiben, auch wenn sie äusserlich nur als Beschluss sich darstellt. Ebenso muss es

[3]) Schepers in Gruchot's Beiträgen, Bd. XXIV, S. 868, 870.

[4]) Vergl. die Entscheidungen des R.-G's. bei Gaupp, Commentar, Anm. II Note 13 zu §. 275.

auch beim Zwischenstreit sein, der ja auch nur durch Urtheil entschieden werden kann, und dessen Entscheidung daher auch stets die Urtheilsnatur haben, also für die Instanz unabänderlich und regelmässig nicht selbstständig anfechtbar sein muss. Dies gilt nicht bloss dann, wenn bei der als Beschluss bezeichneten Entscheidung im Uebrigen die Formalien eines Urtheils gewahrt sind, sondern auch wenn dies nicht der Fall ist.[5]) Ist im demnächstigen Endurtheil nicht noch Nachhülfe möglich, so wirkt der Mangel wieder hinüber auf das Endurtheil.

V. Den Vortheilen, welche der Erlass eines Zwischenurtheils mit sich bringt, stehen aber auch schwerwiegende Nachtheile unter Umständen gegenüber. Seine instanzbindende Kraft bringt es mit sich, dass der Richter auch bei der Fällung des Endurtheils an dasselbe gebunden ist und das Endurtheil nur in Uebereinstimmung mit demselben erlassen darf, vorausgesetzt natürlich, dass die entschiedene Frage noch jetzt für die Entscheidung des Rechtsstreits von Relevanz ist. Der Richter darf daher in dem Prozesse von dem einmal eingenommenen Standpunkt nicht wieder zurück, selbst wenn er inzwischen klar erkannt hat, dass derselbe falsch war. Hat er z. B. die Zulässigkeit der Berufung durch Zwischenurtheil bejaht, so muss er über den Gegenstand der Berufung eine sachliche Entscheidung abgeben, mag auch später die Unzulässigkeit der Berufung oder ein wesentlicher Mangel bei der Einlegung des Rechtsmittels sich herausstellen. Der Richter wird daher vor dem Erlass eines Zwischenurtheils sich diese Wirkung stets zu vergegenwärtigen haben.

VI. Wie sich die bindende Kraft dieser Zwischenurtheile zum Versäumnissverfahren verhält, ist bestritten. Die herrschende Meinung nimmt an, dass Zwischenurtheile dann, wenn es zu einem Versäumnissurtheil kommt, schlechthin in Wegfall kommen, jedoch so, dass sie bei zulässig eingelegtem Einspruch wieder in Kraft treten.[6]) Dagegen hat Troll[7]) mit Recht ausgeführt, dass diese Auffassung dem §. 289 direkt widersprechen würde und dass dementsprechend die Motive[8]) auch nur sagen, dass „durch

[5]) Uebereinstimmend ein Beschluss des O.-L.-G. Rostock vom 4. Juni 1881 in Sachen Felten gegen Beguhl wegen Schuld, durch welchen eine Beschwerde gegen einen die Formalien der Berufung als gewahrt erklärenden Beschluss der 1. Civilkammer des Landgerichts Schwerin vom 6. Mai 1881 als an sich nicht statthaft zurückgewiesen und der angefochtene Beschluss als materiell ein Zwischenurtheil darstellend bezeichnet wird.

[6]) v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22 S. 824. Wach, Vorträge, S. 141 f. Reincke, S. 331. Wilmowski und Levy, Anm. 1 zu §. 297. Struckmann und Koch, Anm. 3 zu §. 297. Gaupp, Anm. I Abs. 1 (vergl. aber auch No. 2) zu §. 297.

[7]) Troll, Versäumnissurtheil, insbesondere S. 24—26. Ihm hat sich angeschlossen Seuffert, Anm. 2 zu §. 297.

[8]) Motive S. 29. Ebenso S. 235 zu §. 297 (jetzt §. 307).

den Erlass eines Versäumnissurtheils etwa erlassene Zwischenurtheile zwar nicht aufgehoben werden, aber doch folgeweise in Wegfall kommen.“ Es ist bei den Zwischenurtheilen das Gewicht darauf zu legen, ob die in ihnen enthaltene Entscheidung auch jetzt noch, d. h. unter der Herrschaft der das Versäumnissverfahren beherrschenden Principien (§§. 295, 296) für den Erlass der Endentscheidung von Relevanz ist. Dies ist z. B. nicht der Fall bei sämmtlichen Urtheilen über Beweisstreitigkeiten unter den Parteien, weil beim Ausbleiben des Klägers sofort die Klage als unbegründet abzuweisen ist, beim Ausbleiben des Beklagten aber das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen ist, gleichgültig welches Resultat ein voraufgegangenes Beweisverfahren geliefert hat. Weil die Urtheile über dies Beweisverfahren jetzt nicht mehr relevant sind, kommen sie „folgeweise“ in Wegfall, d. h. sie können ignorirt werden.

Oder wenn ein Einspruch durch Zwischenurtheil als formell zulässig festgestellt ist, kann immer noch durch Versäumnissurtheil der Einspruch auf Grund des §. 310 verworfen werden.[9])

Ebensowenig kommt für das Versäumnissverfahren in Betracht ein Zwischenurtheil, welches die Zulässigkeit der eingelegten Berufung feststellt, insofern der allein erschienene Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung als unbegründet zurückzuweisen (§§. 295, 504), denn für diese Entscheidung ist das voraufgegangene Zwischenurtheil gleichgültig. Anders aber, wenn er beantragen sollte, die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Dieser Antrag muss zurückgewiesen werden, denn er wird nicht durch die Principien des Versäumnissverfahrens gerechtfertigt, und das Gericht würde sich mit dem früheren Zwischenurtheil direkt in Widerspruch setzen. Auch dann bleibt dieses Zwischenurtheil relevant, wenn nur der Berufungskläger erscheint und das Versäumnissurtheil beantragt. Das Gericht darf dann wiederum nicht in Widerspruch zu dem Zwischenurtheil treten, nicht die Zulässigkeit der Berufung von Neuem prüfen und den Berufungskläger jetzt wegen Unzulässigkeit der Berufung abweisen.

Von einem Aufhören der bindenden Kraft der Zwischenurtheile kann also auch im Versäumnissverfahren nicht gesprochen werden. Sie verlieren hier nur leichter ihre Bedeutung für die Endentscheidung als wie im kontradiktorischen Verfahren.

Die Folgerung jedoch, welche Hellmann[10]) aus dem Bestehen-Bleiben ihrer bindenden Kraft dahin zieht, dass nunmehr

[9]) Seuffert, Anm. 1a zu §. 310.

[10]) Hellmann, Lehrbuch, S. 615 f. In seinem Commentar 1879, Anm. 3 zu §. 297, vertritt er dagegen noch die Ansicht, dass jedes Zwischenurtheil durch ein späteres Versäumnissurtheil seine Wirksamkeit verliert.

ein Versäumnissurtheil überhaupt ausgeschlossen sei, ist abzulehnen. Er hat nirgends Beifall gefunden.[11])

VII. Hat das Gericht auf Grund des §. 275 eine abgesonderte Entscheidung über einen Zwischenstreit erlassen, so kann diese Entscheidung nicht selbstständig, sondern erst mit dem schliesslichen Endurtheil angefochten werden (§§. 473, 510). Legen die Parteien Berufung und Revision gegen das Endurtheil ein, so ergreifen diese Rechtsmittel gleichzeitig und von selbst die vorausgegangenen Zwischenurtheile mit. Daraus folgt, dass die Parteien nur das Endurtheil zuzustellen brauchen, bevor und damit das Rechtsmittel eingelegt werden kann.[12]) Bei der mündlichen Verhandlung vor der Rechtsmittelinstanz aber haben die Parteien nicht bloss das angefochtene Endurtheil, sondern auch die vorausgegangenen Zwischenurtheile vorzutragen (§§. 488, 529). Wenn die Endentscheidung vom Gericht in Theilurtheile zerlegt wird, so umfasst die Anfechtung eines Theilurtheils nur diejenigen Zwischenurtheile mit, die mit ihm im innern Zusammenhang stehen. Ist dies aber bei einem Zwischenurtheil bezüglich mehrerer Theilurtheile der Fall, so haben die Parteien, wenn die zuerst erfolgte Anfechtung eines Theilurtheils die Abänderung der Zwischenstreitsentscheidung herbeigeführt hat, nach §. 289 ein Recht darauf, dass die abändernde Entscheidung von dem höhern Gericht, welches sie erlassen hat, auch bei der Anfechtung späterer Theilurtheile berücksichtigt wird, während wenn bei der ersten Anfechtung die Zwischenstreitsentscheidung von dem höhern Gericht bestätigt ist, die Parteien eine Abänderung auch nicht durch Anfechtung späterer Theilurtheile erreichen können. Ergeht ein Zwischenurtheil aus §. 276, so richtet sich dessen Anfechtung auch gegen die vorhergehenden, nur über einen Zwischenstreit entscheidenden Zwischenurtheile, soweit es auf ihnen beruht; lassen die Parteien aber dieses Urtheil unangefochten, so können sie diese andern Zwischenurtheile überhaupt nicht mehr, auch nicht mehr mit dem Endurtheile, anfechten.

§. 19.

Die bindende Kraft von Zwischenurtheilen über die Instanz hinaus.

I. Da nach §. 289 das Gericht nur an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden ist, so ist regelmässig die höhere Instanz zur Abänderung von Zwischenurtheilen, welche dem angefochtenen

[11]) Die Widerlegung Hellmann's bei Troll, Versäumnissurtheil, S. 26.
[12]) v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22 S. 825 f.

Endurtheile voraufgegangen sind, befugt. Eine besondere Betrachtung erfordern aber die Versäumniss-Zwischenurtheile der §§. 217 Abs. 4, 312 Abs. 2 und 430 (439), sowie das eine prozesshindernde Einrede verwerfende Zwischenurtheil des §. 248.

II. Auf die Versäumnisszwischenurtheile des §. 312 Abs. 2 sollen nach ausdrücklicher Bestimmung die Vorschriften des 3. Titels des II. Buchs zur entsprechenden Anwendung kommen. Es ist unbestritten, dass dies auch für die §§. 217 Abs. 4 und 430 (439) gelten muss, da die hier behandelten Urtheile dieselbe Natur haben wie die Versäumnisszwischenurtheile des §. 312 Abs. 2. Darnach unterliegen alle diese Urtheile auch den Bestimmungen des 3. Titels über Einspruchseinlegung. Es kommen nun 3 Möglichkeiten hier besonders in Betracht:

1) Die säumige Partei legt unzulässig Einspruch ein, sie erscheint im Termin zur mündlichen Verhandlung, und der Einspruch wird als unzulässig verworfen (§§. 304—306).

Das Urtheil, welches den Einspruch als unzulässig verwirft, ist ein kontradiktorisches Zwischenurtheil. Es kann daher erst zusammen mit dem späteren Endurtheil, mit welchem es eine Einheit bildet, angefochten werden, aber nur aus dem Grunde, weil eine Unzulässigkeit bei Einlegung des Einspruchs nicht vorgelegen hat. Wird dies von der höhern Instanz anerkannt, so tritt Zurückverweisung an die vorige Instanz ein (§§. 500 No. 1, 526—528). Die in dem Versäumnissurtheil getroffene Entscheidung selbst kann aber von der höhern Instanz nicht abgeändert werden, weil nach den §§. 474, 529 ein Versäumnissurtheil, gegen welches der Einspruch an sich statthaft ist, von der Partei, gegen welche es erlassen ist, überhaupt nicht mit Berufung oder Revision angefochten werden kann.

2) Die säumige Partei legt innerhalb der 2wöchigen Einspruchsfrist überhaupt keinen Einspruch ein.

Nach §. 645 tritt die formelle Rechtskraft eines Versäumnissurtheils mit dem Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist ein. Formelle Rechtskraft einer Entscheidung bedeutet aber ihre Unabänderlichkeit und folglich ihre definitive Verbindungskraft für diesen Rechtsstreit.[1])

Daher ist auch jede Anfechtung eines an sich durch Einspruch anfechtbaren Versäumnissurtheils durch Berufung oder Revision ausdrücklich durch die §§. 474, 529 ausgeschlossen. Dies ist allgemein für Versäumnissurtheile ausgesprochen, muss daher auch für Versäumnisszwischenurtheile gelten. Es sind somit die höheren Instanzen bei Beurtheilung des Rechtsstreits gebunden an die im formell rechtskräftig gewordenen Versäumnissurtheil geschehene

[1]) So Planck, Lehrbuch I, S. 255.

Entscheidung eines Zwischenstreits und haben dieselbe ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen.

3) Die säumige Partei legt zwar zulässig Einspruch ein, aber erscheint oder verhandelt nicht im 1. Termin zur mündlichen Verhandlung.

a. Im Falle des §. 312 Abs. 2:

Gegen das den Einspruch verwerfende Versäumnissurtheil (Versäumnisszwischenurtheil) steht der säumigen Partei nach §. 310 ein weiterer Einspruch nicht zu. Wohl aber kann sie dasselbe mit dem demnächstigen Endurtheil zusammen durch Berufung oder Revision (§§. 474, 529) anfechten, aber nur insofern, als das Rechtsmittel darauf gestützt wird, dass der Fall der Versäumung damals nicht vorgelegen habe. Ergiebt sich dies, so muss wiederum Zurückverweisung an die Vorinstanz eintreten (§§. 500 No. 5, 526—528).

Zur eigenen Abänderung der entschiedenen Frage ist aber die höhere Instanz nicht befugt.

b. Im Falle der §§. 217 Abs. 4, 430:

Der auf den Einspruch anberaumte Termin ist nicht bloss zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt (§. 307), es kann daher im Termine auch ein sachliches Versäumnissurtheil, bezw. ein kontradiktorisches Urtheil ergehen.[2]) Aber die Verwerfung des Einspruchs muss jedenfalls durch besonderes Versäumnisszwischenurtheil auf Grund des §. 310 erfolgen. Diese Entscheidung kann mit dem Versäumniss-Sachurtheil deswegen nicht verbunden werden, weil gegen dieses wieder Einspruch möglich ist, gegen die den Einspruch verwerfende Entscheidung aber nicht. Eine Anfechtung derselben ist nur dann möglich, wenn in dem späteren Verfahren ein Endurtheil ergeht, gegen welches Berufung oder Revision zulässig sind, aber auch nur insofern, als die Anfechtung darauf gestützt wird, dass zur Zeit des Erlasses des 2. Versäumnisszwischenurtheils eine Versäumung nicht vorgelegen habe. Im Falle des §. 430 ist aber ein besonderes Versäumnisszwischenurtheil schon deswegen nöthig, weil vorher das frühere Versäumnissurtheil noch nicht formell rechtskräftig geworden ist, das Läuterungsurtheil also nicht erlassen werden kann. Die Möglichkeit, Art und Wirkung der Anfechtung ist auch hier in gleicher Weise beschränkt.[3])

[2]) Troll, Versäumnissurtheil, S. 223.
[3]) Entsch. des R.-G's., Band 13 S. 398.

Es ergiebt sich somit, dass den Versäumnisszwischenurtheilen eventuell eine weit grössere Verbindungskraft innewohnt als den gewöhnlichen kontradiktorischen Zwischenurtheilen.

Unterlässt die säumige Partei den Einspruch, so ist nicht bloss die Instanz, sondern es sind auch die Rechtsmittelinstanzen an die einmal getroffene Entscheidung des Zwischenstreits definitiv gebunden. Wird aber der eingelegte Einspruch wegen erneuter Säumniss oder wegen Unzulässigkeit verworfen, so ist nur indirekt eine Abänderung der Entscheidung zu erzielen und nur dann, wenn entweder erneute Säumniss oder Unzulässigkeit nicht vorgelegen haben.

III. Dies Resultat hat vielfach Anfeindung erfahren, weil es dem Wesen der Zwischenurtheile zu widersprechen scheint. Wenn sie ihrer Natur nach nichts weiter als anticipirter Bestandtheil der Entscheidungsgründe des späteren Endurtheils sind, so können sie, so behauptet man, ihre Natur nicht dadurch verändern, dass sie als Versäumnissurtheile ergehen. Sei daher das Endurtheil durch Berufung oder Revision anfechtbar, so werde das ganze Urtheil einschliesslich aller voraufgegangenen Zwischenurtheile von der Anfechtung ergriffen. Der §. 473 sei der entscheidende, §. 474 dagegen bezöge sich nur auf Versäumnissendurtheile. Die Bedeutung des auch für Versäumnisszwischenurtheile zugelassenen Einspruchs gehe nur dahin, dass erst nach Ablauf der Einspruchsfrist, bezw. Verwerfung des eingelegten Einspruchs die Versäumnisszwischenurtheile dieselbe Wirkung erlangten, wie wenn sie kontradiktorisch ergangen wären. Würde die Verbindungskraft derselben durch Ablauf der Einspruchsfrist etc. zur Bindung auch der höheren Instanzen gesteigert werden können, so widerspräche dies dem Princip des §. 293, der das Rechtskräftig-Werden eines blossen Entscheidungsgrundes unbedingt ausschlösse.[4])

Diese Argumentation erscheint nicht stichhaltig. Der Hinweis auf §. 293 ist falsch, weil hier nur von der materiellen Rechtskraft, die beim Zwischenurtheil natürlich gar nicht in Betracht kommt, die Rede ist. Dass Versäumnissurtheile überhaupt bezüglich der Anfechtbarkeit durch Berufung oder Revision schlechter gestellt sind als kontradiktorische Urtheile, ist durchgehendes Princip bei der Civilprozessordnung. Im Uebrigen kann verwiesen werden auf die eingehende und überzeugende Widerlegung der gegnerischen Ansicht bei Troll[5]) und Seuffert[6]).

[4]) Im Einzelnen zu vergl. Müller bei Busch, Band IV S. 321 f., dem sich anschliesst Meyer das. Band IX S. 351, v. Kries, Rechtsmittel S. 167 f. (Seuffert citirt Anm. 3 zu §. 474 unrichtig auch Troll unter den Anhängern dieser Meinung.)

[5]) Troll, Versäumnissurtheil S. 248 f.

[6]) Seuffert, Anm. 3 zu §. 474.

IV. Eine besonders privilegirte Stellung nimmt, wie überhaupt, so auch hier der Zwischenstreit über die Begründetheit einer prozesshindernden Einrede ein, indem der §. 248 Abs. 2 dem eine prozesshindernde Einrede verwerfenden kontradiktorischen Zwischenurtheil ebenfalls die Kraft der selbstständigen Erlangung formeller Rechtskraft verleiht. Dies Urtheil soll in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil angesehen werden, demnach mit Berufung und Revision angefochten werden können. Ist die Anfechtung versäumt oder das Rechtsmittel unzulässig eingelegt, so tritt wiederum die Wirkung einer die höheren Instanzen bindenden Kraft eines einen Zwischenstreit entscheidenden Zwischenurtheils ein. Wie beim Versäumnisszwischenurtheil nicht neben dem Einspruch noch die Berufung oder Revision statthaft sein soll, so soll hier neben der einmal gewährten Möglichkeit der Anfechtung nicht dieselbe Möglichkeit noch zum 2. Male neben dem Endurtheile geboten werden. Ist zu der Zeit, wo die Berufung gegen das Endurtheil eingelegt wird, auch noch Berufung gegen das Zwischenurtheil möglich, so muss letztere besonders eingelegt werden.[7])

Eine dergestalt eventuell auch die höheren Instanzen bindende Kraft erhält jedoch nicht nur das eine erhobene prozesshindernde Einrede verwerfende Urtheil eines Landgerichts im ordentlichen Verfahren 1. Instanz, sondern auch ein gleiches Urtheil im Amtsgerichtsprozess (§. 465 Abs. 3)[8]), in der Berufungsinstanz (§. 490 Abs. 2)[9]) und im Urkunden- und Wechselprozess (§. 557)[10]), vorausgesetzt jedoch stets, dass vom Gericht zuvor abgesonderte Verhandlung angeordnet war.[11])

V. Soweit hiernach Zwischenurtheile der selbstständigen Erlangung formeller Rechtskraft fähig sind, bedarf es auch der besondern Zustellung, um die Rechtskraft herbeizuführen. Dabei ist jedoch das Interesse der Parteien an der Erlangung dieses Resultats insofern ein verschieden starkes, als, wie sich im Folgenden zeigen wird, bei Versäumnisszwischenurtheilen die Parteien vorher das Verfahren überhaupt nicht fortsetzen können, während bei den Urtheilen des §. 248 Abs. 2 das Gericht auf Antrag schon vorher anordnen kann, dass zur Hauptsache zu verhandeln sei. Andererseits wird bei letzteren, sofern von der Gegenseite kein Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels

---

[7]) Entsch. des R.-G's. vom 7. April 1886 in Gruchot's Beiträgen, Band 36 S. 1117.

[8]) Seuffert, Anm. 1 d zu §. 465, Gaupp, Anm. I 3 zu §. 465.

[9]) Seuffert, Anm. 2 zu §. 490.

[10]) Seuffert, Anm. zu §. 557.

[11]) Seuffert, Anm. 3 zu §. 248, Reincke S. 270, Gaupp, Anm. II Abs. 3 zu §. 248.

erfolgt, erst durch die Zustellung die Möglichkeit des Eintritts der Rechtskraft erlangt, während bei Versäumnisszwischenurtheilen nach richtiger und herrschender Ansicht die säumige Partei den Einspruch auch vor der Zustellung einlegen kann.

VI. Endlich werden noch kraft ausdrücklicher Bestimmung (§. 242) die höheren Instanzen auch gebunden durch die bei einem Zwischenstreit über eine angeblich erfolgte Klageänderung dahin ergangene Entscheidung, dass eine solche nicht vorliege.

§. 20.

Gerichtsgebundenheit nach Erlass eines selbstständig anfechtbaren Zwischenurtheils bezüglich der Fortsetzung des Verfahrens in der Instanz.

I. Jedes Zwischenurtheil über einen Zwischenstreit enthält eine Entscheidung über einen für das Endurtheil mehr oder minder präjudiciellen Punkt. Trotzdem hindert die getroffene Entscheidung das Gericht regelmässig nicht, das Verfahren fortzusetzen und das Endurtheil zu erlassen, da eine Anfechtung der entschiedenen Frage erst mit dem Endurtheil möglich ist. Die Folge kann allerdings sein, dass die höhere Instanz schon deswegen zu einer Aufhebung des Endurtheils gelangt, weil es durch anderweitige Entscheidung bezüglich der Zwischenstreitsfrage demselben das Fundament entzieht.

Anders, wenn das Zwischenurtheil selbstständig anfechtbar ist. Hier ist die Möglichkeit vorhanden, dass die Entscheidung formelle Rechtskraft erlangt und damit unabänderlich auch für die höheren Instanzen wird.

Diese Möglichkeit einer festeren Fügung des Endurtheils hat das Gesetz benutzt, jedoch in verschiedener Weise für die kontradiktorischen und die Versäumniss-Zwischenurtheile.

II. Wenn ein eine vorgeschützte prozesshindernde Einrede verwerfendes kontradiktorisches Zwischenurtheil ergeht, so schreibt das Gesetz vor, dass das Gericht an sich mit der Fortführung des Verfahrens zur Hauptsache so lange zu warten hat, bis das Zwischenurtheil rechtskräftig geworden ist. Aber das Gericht erhält durch §. 248 Abs. 2 gleichzeitig die Befugniss, von dieser Schranke abzusehen, sofern eine der Parteien darauf anträgt. Das Gericht wird von dieser Befugniss natürlich nur dann Gebrauch machen, wenn triftige Gründe vorliegen, eben weil es sich bei dem anfechtbaren Zwischenurtheil um die Grundlage des ganzen späteren Verfahrens handelt. Die Anordnung, dass zur

Hauptsache zu verhandeln sei, erfolgt durch Beschluss. Nunmehr ist das Gericht auch ungehindert, sogar die Entscheidung über die Hauptsache zu erlassen.[1]) Welche Wirkung auf diese Entscheidung ein das Zwischenurtheil abänderndes Urtheil der Rechtsmittelinstanz hat, steht hier nicht zur Frage. —

III. Bei Versäumnisszwischenurtheilen dagegen tritt schlechthin ein Stillstand des Verfahrens ein, ohne dass das Gericht die Befugniss erhält, die Weiterverhandlung anzuordnen.

Der Grund ist augenscheinlich der, dass hier in relativ kurzer Frist eine geschehene Anfechtung zu einer Entscheidung führt, bezw. die unterlassene Anfechtung die Versäumnissentscheidung definitiv unabänderlich macht, während bei den kontradiktorischen Zwischenurtheilen des §. 248 eine endgültige Entscheidung oft erst nach vielen Monaten möglich ist, da hier die Rechtsmittel- und Einlassungsfrist allein je schon einen vollen Monat betragen und die Sache eventuell bis an das Reichsgericht gebracht werden kann. Nur im letzteren Falle ist daher auch die Befugniss des Gerichts zur Anordnung der Weiterverhandlung mit Rücksicht auf beabsichtigte Prozessverschleppung und Dringlichkeit der Sache ein wirkliches Bedürfniss.

Ausdrücklich ist allerdings nur für das Versäumnisszwischenurtheil des §. 217 Abs. 4 im Gesetz ausgesprochen, dass „eine Verhandlung zur Hauptsache erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft sei". Aber der Grund dieses Stillstandes des Verfahrens: Herstellung eines festen Fundaments für das Endurtheil, trifft offenbar auch in den übrigen Fällen zu. Dementsprechend nehmen die Motive (S. 237) auch von dem Versäumnissurtheil des §. 430 ohne Weiteres das Gleiche an, und da dies gelegentlich der Besprechung des Wesens und der Wirkung der Versäumnisszwischenurtheile des §. 312 Abs. 2 ausgesprochen wird, so gehen die Motive auch bezüglich dieser augenscheinlich von der gleichen Annahme aus. Wenn das Gesetz selber dies nur im §. 217 vorgeschrieben hat, so hat es dies doch an der ersten Stelle gethan, in der es überhaupt von einem Versäumnisszwischenurtheile spricht, und hiermit ein Prinzip deklarirt, das auch für die später erwähnten Versäumnisszwischenurtheile gelten muss. Hätte der Gesetzgeber dies nicht für selbstverständlich gehalten, so würde er durch die citirten Ausführungen der Motive sicher zu einem Zusatz zum §. 430 oder §. 312 Abs. 2 bewogen

[1]) Seuffert, Anm. 4 zu §. 248, Gaupp, Anm. III zu §. 248. — Aus diesen Commentaren ergiebt sich auch das Nähere über die Einzelheiten des Verfahrens.

sein, wie es ja auch in §. 248 Abs. 2 thatsächlich geschehen ist. Wäre die gegentheilige Auffassung richtig, so würde noch, nachdem bereits Berufung oder Revision gegen das Endurtheil eingelegt ist, Einspruch gegen das Versäumnisszwischenurtheil möglich sein. Ein zulässiger Einspruch aber hat nach §. 307 die Wirkung, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniss befand. Sollte nun wirklich hier Alles zusammenstürzen, das ganze Beweisverfahren der Zwischenzeit, alle Verhandlungen und Entscheidungen hinfällig werden dürfen?[2]) Dies Resultat ist so ungeheuerlich, dass die Prämisse falsch sein muss. Zwar findet sich dasselbe Resultat auch beim §. 248, aber dort handelt es sich auch um prozesshindernde Einreden, und dem Gericht ist die Befugniss zur Anordnung der Weiterverhandlung ausdrücklich beigelegt.

In seltener Einmüthigkeit halten daher Theorie und Praxis an dem Standpunkt der Motive fest.[3]) Nur Hellmann verficht die gegentheilige Ansicht auf Grund des §. 283 Abs. 2. Seine Widerlegung findet sich bei Seuffert.[3]).

IV. Die Wirkung des Erlasses selbstständig anfechtbarer Entscheidungen über Zwischenstreite besteht nicht sowohl in einer Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens, als vielmehr wesentlich in einer Gerichtsgebundenheit. Das Gericht darf eine Weiterverhandlung nicht zulassen und eine weitere Entscheidung nicht abgeben, bis ihm nachgewiesen ist, dass die Gefahr beseitigt ist, die dem weiteren Verfahren durch Einlegung eines Rechtsmittels oder Einspruchs und deren eventuellen Erfolg droht. Nur im Falle des §. 248 kann es sich selber von dieser Gebundenheit befreien.

Dagegen können z. B. unter den Parteien selbst vorbereitende Schriftsätze mit voller Wirksamkeit (§. 300 Nr. 3) in der Zwischenzeit gewechselt werden, ohne dass die Folge des §. 226 Abs. 2 eintritt.

---

[2]) A. A. von Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 822, 823, indem er annimmt, die entsprechende Anwendung des §. 307 auf Versäumnisszwischenurtheile bedeute, dass der Einspruch gegen sie den Prozess nur in Beziehung auf den Gegenstand des Zwischenstreits restituire, im Uebrigen aber auf den weiter vorgeschrittenen Rechtsstreit, sofern der dann behandelte Prozessstoff mit dem Zwischenstreit nicht in nothwendigem Zusammenhang stehe, keinen Einfluss habe. —

Welches Bild aber würde ein Prozess gewähren, wenn plötzlich etwa die Hälfte einer Beweisaufnahme, einer Verhandlung, einer Entscheidung zusammenstürzte, weil sie mit dem Zwischenstreit in nothwendigem Zusammenhang steht, die andere Hälfte aber von Bestand bliebe! Eine derartige entsprechende Anwendung des §. 307 ist praktisch nicht möglich.

[3]) Vergl. Seuffert, Anm. 3e zu §. 312 Abs. 2.

§. 21.

Zulässigkeit des Versäumnissverfahrens und des Versäumnissurtheils im Zwischenstreit.

I. Dass das Gericht stets befugt und unter Umständen sogar gezwungen ist, einen Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit zu bestimmen, ist im Vorigen bereits ausgeführt worden.

Scharf muss aber hiervon getrennt werden die Frage, ob beim Ausbleiben einer Partei stets Versäumnisszwischenurtheil nach der einen oder der andern Seite hin auf gestellten Antrag erlassen werden muss. Wie es scheint, ist hieran bisher nie gezweifelt worden, vorausgesetzt nur, dass beim Ausbleiben des Zwischenstreitsbeklagten die vom erschienenen Zwischenstreitskläger behaupteten, vorher rechtzeitig mitgetheilten Thatsachen das beanspruchte Recht begründeten. Nun besagt aber §. 312 Abs. 2 nur, dass das Versäumnissverfahren und das Versäumnissurtheil sich auf die Erledigung des Zwischenstreits beschränken und die Vorschriften des das Versäumnissurtheil betreffenden Titels entsprechende Anwendung finden sollten. Von einem Versäumnissurtheil kann aber nur gesprochen werden,[1]) wenn es auf Versäumnissfolgen beruht. Daher ist ein Urtheil, welches beim Erscheinen des Klägers oder des Beklagten die Klage wegen Mangels eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes abweist, niemals ein Versäumnissurtheil, sondern ein kontradiktorisches Urtheil. Kann die erschienene Partei die erforderliche Nachweisung aber möglicherweise noch nachbringen, so ist nur der Antrag auf Erlass des Versäumnissurtheils zurückzuweisen (§. 300 No. 1).

II. Diese Grundsätze müssen auch für den Zwischenstreit zur entsprechenden Anwendung kommen. Es ist daher m. E. — auch ganz abgesehen von der Verwechselung der Parteirollen (vergl. im Vor. §. 13) — nicht richtig, wenn z. B. Seuffert[2]) sagt, dass „beim Ausbleiben der die Nichtbeeidigung eines Zeugen verlangenden Partei im Zwischenstreitstermin sein Protest gegen die Beeidigung als nicht erhoben anzusehen sei (arg. §. 295) und durch Versäumnisszwischenurtheil so zu entscheiden sei, wie wenn jener Protest nicht erhoben wäre, damit aber noch nicht gesagt sei, dass die Beeidigung erfolgen müsse, denn die Zulässigkeit der Beeidigung hänge nicht allein vom Belieben der Parteien

[1]) In dieser Beziehung schliesse ich mich völlig der im Seuffertschen Commentar vertretenen Ansicht an, vergl. insbesondere die Anmerkungen zu §§. 295, 296, 300. Eine nähere Begründung würde hier zu weit führen.

[2]) Seuffert, Anm. 3e zu §. 312.

ab.“ — Die Unrichtigkeit ergiebt sich, wenn die Konsequenzen gezogen werden, wobei die Frage der Parteirolle vorläufig dahin gestellt bleiben mag. Nehmen wir an, es sei dem Gericht zwar zur Zeit des Erlasses des Beweisbeschlusses und der Anordnung der kommissarischen Vernehmung zwar noch nicht bekannt gewesen, wohl aber für dasselbe zur Zeit des Zwischenstreitstermins notorisch geworden, dass ein vorgeschlagener Zeuge, gegen dessen Beeidigung A vor dem ersuchten Richter protestirt hat (§. 331), noch nicht 16 Jahre alt ist. Diesen Umstand hat das Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen, so lange nicht eine Verzichtserklärung beider Parteien bezüglich der Beeidigung vorliegt (§. 356), was hier eben nicht der Fall ist. In dem angesetzten Termin (§. 331 Abs. 2) bleibt A aus. Nun soll „durch Versäumnisszwischenurtheil so entschieden werden, wie wenn jener Protest nicht erhoben wäre.“ Der Satz ist allerdings etwas unklar. Dem Wortlaut nach müsste man zwar annehmen, das Gericht erliesse auf Grund der Notorität ein Urtheil, welches die Nichtbeeidigung des Zeugen trotz Ausbleibens des A anordnete, aber dann dürfte Seuffert dies Urtheil kein Versäumnisszwischenurtheil nennen, und es steht dieser Annahme auch der ganze Zusammenhang, insbesondere der folgende Satz entgegen. Seuffert will vielmehr nur sagen, dass der Protest des A. gegen die Beeidigung (sein Antrag auf Nichtbeeidigung) (arg. §. 295) durch Versäumnisszwischenurtheil abgewiesen werden müsste, und dass das Gericht im Uebrigen doch noch freie Hand behielte, ob es Beeidigung oder Nichtbeeidigung anordnen wollte. Aber was hat denn dann das ganze Versäumnisszwischenurtheil überhaupt für einen Zweck? Eine Fortsetzung des Verfahrens ist, wie Seuffert zugiebt, erst nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urtheils oder nach Erledigung des Einspruchs möglich, also kann nicht erst das Versäumnisszwischenurtheil erlassen und sodann noch im selben Termin angeordnet werden, dass der Zeuge doch nicht beeidigt werden soll. Irgendwie aber muss doch noch eine definitive Entscheidung nach Seuffert erfolgen, denn er lehrt weiter, mit dem Erlass des Versäumnisszwischenurtheils sei noch nicht gesagt, dass die Beeidigung erfolgen müsse. Es muss also die erschienene Partei, wenn die säumige Partei keinen Einspruch eingelegt hat, aufs Neue laden, und es würde dann in dem neuen Termin eventuell die Entscheidung des Gerichts erfolgen, dass der Zeuge nicht beeidigt werden solle. Wozu dann aber das vorhergehende Versäumnisszwischenurtheil? Es ist vollkommen überflüssig, verzögert nur das Verfahren und kann daher unmöglich vom Gesetzgeber gewollt sein.

III. Das Richtige dürfte Folgendes sein. Zunächst muss strenge unterschieden werden der Streit über solche prozessualen

Rechte, die der Disposition der Parteien unterstehen, von demjenigen Streit, bei dem dies nicht der Fall ist und bei dem also Officialprüfung des Gerichts in Kraft tritt.

Nur so, verbunden mit genauer Feststellung der Parteirollen, ist ein reines Resultat zu gewinnen.

1) Soweit prozessuale Rechte der freien Disposition der Parteien unterstehen, soweit findet auch im blossen Zwischenstreitstermin unbedenklich Versäumnissverfahren und -Urtheil statt. Das beste Beispiel ist der Editionsstreit. Eine Officialprüfung der Wahrheit der die Anträge rechtfertigenden Thatsachen findet hier nicht statt. Erscheint daher der Editionsantragsteller nicht, so kann sein Antrag ohne Bedenken durch Versäumnisszwischenurtheil auf Grund des §. 295 zurückgewiesen werden. Erscheint aber der Editionsbeklagte nicht, so gilt für den Erlass des Versäumnissurtheils die Vorschrift des §. 296. — Ebenso ist es, wenn verzichtbare prozesshindernde Einreden vorgeschützt sind, oder wenn ein Streit über die Zulassung nachträglich benannter Beweismittel entsteht u. s. w.

Dies muss auch gelten, wenn nur nach der einen Seite hin Officialprüfung der Richtigkeit der Voraussetzungen eintritt, und diese Seite nicht zur Entscheidung steht, z. B. im Zwischenstreitstermin über die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung bleibt die zuschiebende Partei aus. Weil sie ausgeblieben ist, muss sie nach §. 295 mit ihrem Anspruch abgewiesen werden, denn das Gericht hat nun keine Veranlassung mehr, zu prüfen, ob die beanspruchte Eideszuschiebung überhaupt gerechtfertigt war. — Dieser ihr Anspruch ist (arg. §. 295) als nicht erhoben anzusehen. — Oder im Streit über die Beeidigung eines Zeugen ist diejenige Partei säumig, welche die Beeidigung verlangt. Nach §. 356 Abs. 2 können die Parteien auf die Beeidigung mit bindender Kraft für das Gericht verzichten. Wenn nun diejenige Partei, welche die Beeidigung verlangt, ausbleibt, so ist ihr Antrag auf Beeidigung als nicht erhoben anzusehen (arg. §. 295) oder wenn man will, sie gilt als verzichtend. Dementsprechend muss auf Antrag der die Nichtbeeidigung verlangenden, erschienenen Partei das Versäumnisszwischenurtheil ergehen.

2) Niemals aber kann von Versäumnissverfahren im Zwischenstreit die Rede sein, wenn die Entscheidung nicht auf Grund der Versäumnissfolgen oder mit auf Grund der Versäumnissfolgen, sondern lediglich auf Grund einer Officialprüfung ergeht. Ein zunächst eintretendes Versäumnissverfahren ohne bindende Kraft für das Gericht und ein erst später ergehendes definitives Urtheil auf Grund der Officialprüfung — ein solches Verfahren wäre überflüssig und sinnlos.

Nicht richtig wäre es aber zu sagen, dass überall da, wo Officialprüfung der Entscheidung überhaupt vorhergegangen ist, auch stets ein kontradiktorisches Urtheil ergehen muss, denn auch im gewöhnlichen Verfahren findet sie sich (§. 300), und es wird doch Versäumnissurtheil erlassen. Vielmehr ist auch in diesem Falle im Zwischenstreit der §. 296 anwendbar, nur genügt das blosse Zugeständniss der betreffenden Thatsachen für die Officialprüfung nicht, es muss auch der Nachweis dem Gericht geliefert werden, dass diese Thatsachen wirklich wahr sind, wobei aber das Gericht das Zugeständniss als Beweisgrund verwerthen kann.

Nur da, wo die Entscheidung lediglich auf der Officialprüfung beruht, oder wo die vom Kläger behaupteten Thatsachen den Antrag nicht rechtfertigen, muss ein kontradiktorisches Urtheil erlassen werden.

Beispiele:

1) Im Zwischenstreitstermin zur Verhandlung lediglich über eine unverzichtbare prozesshindernde Einrede, etwa die der mangelnden Prozessfähigkeit, erscheint nur der Kläger.

a. Die von ihm behaupteten Thatsachen begründen die Unrichtigkeit der Einrede, gelten als zugestanden (§. 296), und die von ihm ausserdem beigebrachten Nachweise überzeugen das Gericht, dass der Kläger wirklich die Prozessfähigkeit hat: es ergeht Versäumnisszwischenurtheil dahin, dass die Einrede der mangelnden Prozessfähigkeit unbegründet sei, denn die Entscheidung erfolgt nicht lediglich auf Grund der Officialprüfung.

b. Seine Nachweise vermögen das Gericht nicht von der materiellen Richtigkeit seiner zwar als zugestanden geltenden Behauptungen zu überzeugen, aber das Gericht hält eine Ergänzung der Nachweise für möglich: Der Antrag auf Erlass des Versäumnisszwischenurtheils wird durch Beschluss abgewiesen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen (§. 300 No. 1).

c. Das Gericht hat, obwohl die thatsächlichen Behauptungen des Klägers als zugestanden gelten, und an sich die Prozessfähigkeit des Klägers begründen würden, doch auf Grund seiner Officialprüfung (unter Zuhülfenahme der Notorietät) die feste Ueberzeugung gewonnen, dass dem Kläger die Prozessfähigkeit in Wirklichkeit doch fehlt, sowie dass diese Ueberzeugung durch keine etwa noch möglichen Nachweise erschüttert werden kann: es

muss kontradiktorisches Endurtheil auf absolutio ab instantia ergehen. Denn nur wenn es zu einem Versäumnissverfahren kommt, soll sich das Versäumnissurtheil lediglich auf die Erledigung des Zwischenstreits nach §. 312 Abs. 2 beschränken.

d. Die thatsächlichen Behauptungen des Klägers rechtfertigen die Unbegründetheit der Einrede nicht: es muss durch kontradiktorisches Endurtheil wiederum auf absolutio ab instantia erkannt werden.

Würde nur der Beklagte erschienen sein, so würde §. 295 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die erforderlichen Nachweise liegen dem Kläger ob, und es wird durch Versäumnisszwischenurtheil festgestellt, dass die Einrede begründet sei.

Als Analogon kann herangezogen werden vielleicht das Versäumnissurtheil gegen den Kläger in Ehesachen.

2) Im Streit über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung erscheint nur die zuschiebende Partei. Im Wesentlichen müssen je nach der Sachlage dieselben Entscheidungen wie vorhin ergehen, jedoch mit folgenden Modificationen:

a. Das Gericht ist auf Grund seiner Officialprüfung bezüglich der Zulässigkeit zu dem unerschütterlichen Ergebniss gekommen, dass die Eideszuschiebung unzulässig ist: hier wird kein kontradiktorisches End-, sondern nur kontradiktorisches Zwischenurtheil erlassen, weil der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif ist.

b. Ebenso muss ein kontradiktorisches Zwischenurtheil ergehen, wenn schon die behaupteten Thatsachen die Zulässigkeit der Eideszuschiebung nicht rechtfertigen.

3) Im Streit über die Beeidigung eines Zeugen bleibt diejenige Partei aus, welche die Nichtbeeidigung verlangt hatte. Die von der Gegenpartei behaupteten Thatsachen gelten als zugestanden, und wenn es ihr gelingt etwaige Bedenken des Gerichts, dass ein Fall des §. 358 vorliege, zu beseitigen, oder wenn das Gericht überhaupt kein Bedenken in dieser Beziehung hat, so wird durch Versäumnisszwischenurtheil entschieden, dass die Voraussetzungen des §. 358 nicht vorhanden seien, und daher der Zeuge zu beeidigen sei.

Ist aber das Gericht trotz Nichterscheinens der Gegenpartei überzeugt, dass §. 358 anwendbar sei, so muss es durch kontradiktorisches Zwischenurtheil dies feststellen, der erschienenen Partei also ihr beanspruchtes Recht aberkennen.

§. 22.

Vortheile der Einführung von Versäumnisszwischenurtheilen für die Parteien.

I. Ist ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so kann ein Versäumnissurtheil zur Hauptsache nicht ergehen. Erscheint nun der Gegenstand des Zwischenstreits einer Partei als von geringer Relevanz oder glaubt sie nicht im Stande zu sein, eine für sie günstige Entscheidung der prozessualen Frage herbeiführen zu können, so kann sie unter Umständen durch Ausbleiben im Termin bedeutend an Zeit, Mühe und Kosten ersparen.

II. Weit wichtiger für die Parteien ist aber die Sonderbestimmung des §. 430. Findet der zur Eidesleistung bestimmte Termin vor dem Prozessgericht statt, so ist er an sich nicht ein Termin im Sinne des §. 312 Abs. 2, denn im System der Civilprozessordnung ist die Abnahme eines Parteieneides Aufnahme eines Beweises, und nach §. 335 ist der vor dem Prozessgericht stattfindende Beweisaufnahmetermin zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt. Die Beweisaufnahme durch Ableistung eines Parteieneides hat aber das Besondre, dass sie zugleich Prozesshandlung einer Partei ist. Wenn nun eine Partei eine Prozesshandlung versäumt, so soll nach §. 208 die Partei mit der Vornahme derselben ausgeschlossen werden. Mag man nun annehmen, dass der Partei durch §. 332 Abs. 2 aus bestimmten Gründen doch noch eine Restitutionsmöglichkeit gegen die Ausschliessung mit der Eidesleistung gegeben wäre[1]) oder nicht[2]), jedenfalls wäre da, wo diese Gründe nicht vorliegen oder glaubhaft gemacht werden können, Heilung der Versäumniss nicht zu erreichen und der ganze Prozess müsste für sie verloren gehen. Hier greift nun §. 430 ein und schafft für alle Fälle der säumigen Partei mit geringem Kostenaufwand die Möglichkeit der Restitution. Das Gesetz bestimmt, dass dann und nur dann, wenn die schwurpflichtige Partei nicht erscheint, von Gesetzeswegen eine Umwandlung der Zweckbestimmung des Termins eintreten und der Termin so angesehen werden soll, als wenn er nur zur Verhandlung über eine bereits früher streitig gewordene prozessuale Frage, die der Verweigerung der Eidesleistung, anberaumt wäre. Das Gesetz begründet einen Zwischenstreit, der in Wirklichkeit nicht existirt, und lässt einen Termin einen blossen Zwischenstreitstermin sein, der in Wahrheit nicht dazu bestimmt ist. Die sich hieran knüpfenden Folgen zeigen die eminente Wichtigkeit dieser

[1]) Gaupp, Anm. I. zu §. 430.
[2]) Troll, Versäumnissurtheil S. 147.

Vorschrift. Nunmehr kann nur[3]) Versäumnisszwischenurtheil gegen die säumige Partei (als Zwischenstreitsbeklagte) dahin ergehen, dass der Eid als verweigert angesehen wird, und dieses Urtheil kann die Partei, ohne besondre Vorbedingungen zu erfüllen, durch Einspruch wieder aufheben und in dem auf den Einspruch angesetzten Termin die Eidesleistung nunmehr nachholen. Bevor die Entscheidung über diese gesetzlich eingeführte Zwischenstreitsfrage rechtskräftig geworden oder der Einspruch erledigt ist, kann wie bei allen Versäumnisszwischenurtheilen, eine Weiterverhandlung nicht erfolgen, insbesondre ein Versäumnissurtheil zur Hauptsache oder die sententia purificatoria nicht erlassen werden.

§. 23.

Die Befugniss des Gerichts zum Erlasse eines Eidesbeweisbeschlusses und bedingten Zwischenurtheils.

I. Sind in einem Zwischenstreite relevante Thatsachen streitig oder sonst beweisbedürftig, so muss die beweispflichtige Partei den Beweis derselben antreten. Hierfür stehen ihr prinzipiell alle Beweismittel zur Verfügung. Bedient sie sich aber der Eideszuschiebung, so erhält das Gericht die Befugniss, die Leistung des Eides durch Beweisbeschluss statt durch bedingtes Endurtheil anzuordnen (§. 426). Bedingte Zwischenurtheile sind dagegen im Zwischenstreite regelmässig nicht gestattet.

Ob der Richter bedingtes Endurtheil oder Eidesbeweisbeschluss wählen will, steht zu seinem freien Ermessen. Die Gestaltung des Prozesses im einzelnen Falle wird ihm die Entscheidung an die Hand geben. Wenn er aber den Beweisbeschluss wählt, so hat dies den wesentlichen Vortheil für ihn, dass er vielfach den Prozess sehr vereinfacht und sich dabei doch in keiner Weise für die Zukunft bindet. Er kann den Beschluss, sobald es erforderlich wird, und solange der Eid nicht geleistet ist, noch jederzeit wieder aufheben oder abändern, und ist selbst nach Leistung des Eides bezüglich der zu treffenden Entscheidung völlig ungebunden.[1]) Zu beachten ist aber, dass ein Eidesbeweisbeschluss dann nicht statthaft ist, wenn der auferlegte Eid ein richterlicher ist. (§. 439 Abs. 3.)

---

[3]) So jedenfalls, wenn der Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt war. Auf die Kontroverse, ob auch Versäumnissurtheil zur Sache, ausschliesslich oder wahlweise, zulässig ist, wenn der Eid durch Beweisbeschluss auferlegt ist, kann hier nicht eingegangen werden. Vergl. die Anmerkungen von Seuffert, Gaupp und Wilmowski und Levy zu §. 430.

[1]) Das Nähere bei Planck, Lehrbuch, II, S. 182, 322 f., und Wach, Vorträge, S. 173.

II. Eine Beschränkung des Gebrauches von Beweismitteln tritt aber im Zwischenstreit dann ein, wenn die beweispflichtige Partei nur zur Glaubhaftmachung verpflichtet ist (z. B. §. 389 No. 5), da hier Eideszuschiebung ausgeschlossen ist (§. 266). Die unmittelbare Folge für das Gericht ist Unzulässigkeit eines auf Grund des §. 426 zu erlassenden Eidesbeweisbeschlusses.

III. Für eine bestimmt abgegrenzte Kategorie von Zwischenstreiten kann endlich doch die Nothwendigkeit ihrer Erledigung durch Erlass bedingter Zwischenurtheile entstehen. Dies sind die Fälle des Zwischenstreits, die durch Vorschützung von prozesshindernden Einreden hervorgerufen werden, sofern ihre Erledigung von der Leistung eines Eides abhängt, dieser Eid aber von der beweispflichtigen Partei nicht zugeschoben ist.[2]) Ein Eidesbeweisbeschluss kann hier mit Rücksicht auf §. 439, Abs. 3 nicht ergehen, eine Entscheidung über den Zwischenstreit muss aber, wie bereits hervorgehoben ist, nothwendig erfolgen, sobald die abgesonderte Verhandlung einmal angeordnet ist. Es bleibt dann nichts anderes übrig, als zum richterlichen Eide zu greifen und durch bedingtes Urtheil von der Leistung oder Nichtleistung des Eides die Verwerfung der prozesshindernden Einrede und die Abweisung der Klage abhängig zu machen. Nur in letzterer Beziehung ist dies Urtheil ein Endurtheil; soweit aber nur die prozesshindernde Einrede verworfen werden soll, ist es ein blosses Zwischenurtheil über einen Zwischenstreit. Der Unterschied macht sich praktisch geltend bei der Entscheidung über die Kosten.

Soweit Abweisung der Klage die Folge der Eidesleistung, bezw. Nichtleistung ist, muss auch über die Kosten des Rechtsstreits entschieden werden, während jede solche Entscheidung zu unterbleiben hat, soweit nur die prozesshindernde Einrede verworfen werden soll. Dieses Urtheil ist als Ganzes anfechtbar und der Erlangung formeller Rechtskraft fähig, daher findet die Eidesleistung nach eingetretener Rechtskraft sofort statt, ohne dass die sonst für bedingte Zwischenurtheile geltende Vorschrift des §. 426 Abs. 2, letzter Satz, hier Anwendung findet.

§. 24.

Die Entscheidung über die Kosten des Zwischenstreits.

I. Von der bereits verneinten Frage, ob in einem, einen Zwischenstreit entscheidenden Zwischenurtheil eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits oder aliquoter Theile derselben enthalten sein darf, muss die Frage getrennt werden, ob überhaupt über die besonderen Kosten eines Zwischenstreits besonders entschieden werden kann. In dem die Prozesskosten speciell be-

[2]) Planck, Lehrbuch II, S. 321 sub 4 (Note 34).

handelnden 5. Titel des 2. Abschnitts des I. Buches, sowie in den sonstigen Kostenbestimmungen der Civilprozessordnung ist der Zwischenstreit unter den Parteien allerdings nirgends ausdrücklich erwähnt. Hieraus hat Meyer[1]) die Folgerung gezogen, dass es beim Zwischenstreit bei der Regel bleiben müsse und dem unterliegenden, mag er auch einmal in einem Zwischenstreit obgesiegt haben, die Kosten des ganzen Prozesses zur Last fallen müssen.

Aber mit Recht ist von verschiedenen Seiten[2]) die Bestimmung des §. 91 auch auf den Zwischenstreit unter den Parteien angewandt worden. Es unterliegt m. E. auch keinen Bedenken, den hier gebrauchten Ausdruck „Angriffs- und Vertheidigungsmitteln" (wohl zu unterscheiden von selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln!) so weit zu interpretiren, dass auch der Zwischenstreit hierunter fällt. Die Inanspruchnahme eines prozessualischen Rechts und das Bestreiten desselben können auch nach dem Sprachgebrauche der Civilprozessordnung (vergl. §§. 65, 95) ohne Schwierigkeiten als Mittel des Angriffs, bezw. der Vertheidigung angesehen werden, und es würde der Intention des §. 91[3]) nur entsprechen, wenn dem Gericht auch bezüglich dieser die Befugniss zur Separation der Kostenentscheidung gegeben würde.

Dass diese Kostenseparation grade im Endurtheil angeordnet wird, dürfte nicht nothwendig sein, vielmehr kann dies auch in einem Zwischenurtheil oder einem besonderen Beschlusse geschehen.[4])

Geschieht dies aber im Zwischenurtheil, so hört dasselbe auf, ein reines Zwischenurtheil zu sein[5]), und wird zugleich zum Theilurtheil über einen Theil des Anspruchs im Sinne des §. 273. Wenn die Kostenentscheidung hier ebenfalls Zwischenurtheil wäre, so würde dies eine Anticipirung nicht der Entscheidungsgründe, sondern des Tenors der Endentscheidung sein. Dies wird bestritten von Gaupp[6]), welcher annimmt, dass die Verfügung über den Kostenpunkt ein von Amtswegen ergehender Beschluss sei, der aber, soweit er in ein Urtheil aufgenommen werde, als formeller Theil des Urtheils an dessen prozessualischem Charakter theilnehme. Erst aus der gerichtlichen Entscheidung über den Kostenersatz entstehe ein Anspruch auf Leistung des Kostenersatzes.

Gaupp widerlegt sich selber, wenn er darauf in Anm. I. zu §. 292 dasjenige Urtheil, welches als Endentscheidung auftritt,

[1]) Meyer bei Busch, Band VII S. 306 No. 4.
[2]) Gaupp, Anm. II zu §. 91, Seuffert, Anm. 2 zu §. 91, Entsch. des R.-G's., Band XIII. S. 413, Schollmeyer S. 17.
[3]) Motive S. 114.
[4]) Gaupp, Anm. I Abs. 2 zu §. 91, Seuffert, Anm. 4d zu §. 87.
[5]) Vergl. Wilmowski und Levy, Anm. 4 a. E. zu §. 90.
[6]) Gaupp, Anm. II zu §. 87 (S. 212).

ohne über den Kostenpunkt entschieden zu haben, völlig richtig nur als Theilurtheil bezeichnet.

Ein Theilurtheil aber kann es doch mit Rücksicht auf §. 273 nur deswegen sein, weil eben über einen Theil des Anspruchs nicht entschieden ist. Dass das Zwischenurtheil, mit welchem zugleich eine Kostenentscheidung aus §. 91 verbunden ist, nicht selbstständig anfechtbar ist auch bezüglich der Kostenentscheidung, rührt nicht davon her, weil sie in einem Zwischenurtheil erfolgt ist, sondern weil dies in §. 94 bestimmt ist.

II. Ferner kommen für den Zwischenstreit unbedingt noch in Betracht die §§. 90, 309.

Diejenige Partei, welche einen lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmten Termin versäumt, die Vertagung dieser Verhandlung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung dieser Verhandlung durch ihr Verschulden veranlasst, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen. Ist ein Versäumnisszwischenurtheil in gesetzlicher Weise ergangen und wird Einspruch erhoben, so fallen die Kosten der Einspruchsverhandlung der säumigen Partei sowohl dann zur Last, wenn der Einspruch verworfen wird, als auch wenn sie mit demselben durchdringt, sofern nicht besondre Kosten durch einen als unbegründet sich herausstellenden Widerspruch des Gegners entstanden sind.

Das Gericht ist verpflichtet, diese Bestimmungen innezuhalten. Es hat aber auch hier die Wahl, ob es diese Separat-Kostenentscheidungen erst im Endurtheil treffen will, oder bereits vorher in einem Beschluss oder Zwischenurtheil (Versäumnisszwischenurtheile). Ersteres dürfte vorzuziehen sein.

B. Der Zwischenstreit der Parteien mit Dritten.

§. 25.

Der Begriff.

I. Der Ausdruck „Zwischenstreit der Parteien mit Dritten" findet sich in der Civilprozessordnung selbst nicht. Dagegen sprechen die Motive[1]) von „Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen." Es sind dies die Fälle der §§. 68, 126, 351—354 (367). Dieselben können mit Recht als Zwischenstreit mit Dritten bezeichnet werden, da in ihnen thatsächlich ein Streit einer oder beider Parteien mit

[1]) Motive S. 20, 217.

einer Nichtpartei vorliegt, über den im selben Prozess durch Zwischenurtheil entschieden wird.

Die Art, wie die Motive die Fälle aufzählen, dürfte darauf hindeuten, dass die Aufzählung nicht bloss exemplifikativ, sondern erschöpfend hat sein sollen. Es ergiebt sich auch aus der Natur der Sache, dass nicht jeder gelegentlich eines Prozesses mit Dritten entstehende Streit als ein Zwischenstreit, der in den Prozess hineinfällt und in ihm entschieden werden muss, betrachtet werden kann.[2]) Denn was geht dritte Personen an sich die Thatsache an, dass irgendwo ein Prozess schwebt und die Parteien dieses Prozesses aus Anlass dieses Prozesses etwas von ihm verlangen, oder umgekehrt was geht es an sich die Parteien an, wenn ein Dritter aus demselben Anlass etwas von ihnen begehrte? Wenn solche Streitigkeiten allemal in den Prozess hineingezogen werden könnten, welche Menge von Rechtsstreiten würden dann auf einander gehäuft werden können! Derartige Streite müssen daher regelmässig im Wege selbstständiger Klage aus der Welt gebracht werden, und es bedarf ausdrücklicher Bestimmung im Gesetze, wenn hiervon eine Ausnahme gemacht werden soll. Dies wird der Gesetzgeber, um nicht die Interessen der Parteien und dritter Personen allzusehr zu schädigen, sicher nur dann thun, wenn ein triftiger Grund für die Hereinziehung solcher Streite in den Prozess vorliegt, wie es in der That der Fall ist bei den von den Motiven aufgezählten Streitigkeiten. Denn es bedarf hier stets einer schnellen Entscheidung, wenn nicht der Prozess selbst ins grösste Stocken gerathen soll, und es besteht, wie der erste Blick lehrt, ein derartig starker innerer Zusammenhang mit dem Prozesse, dass die Hereinziehung in denselben im höchsten Grade wünschenswerth ist.

II. Mit der Erkenntniss der Thatsache, dass regelmässig Streitigkeiten der Parteien mit Dritten den Gegenstand eines besondern Prozesses bilden müssen, ist eigentlich schon der Begriff des Zwischenstreits mit Dritten gegeben. Er muss derjenige Streit der Parteien mit Dritten sein, der gelegentlich eines Rechtsstreits entsteht und kraft positiver Gesetzesbestimmung innerhalb des Prozesses zu verhandeln und zu entscheiden ist.

Aber diese Definition ist keine erschöpfende. Sie ist nur richtig als Bestimmung eines Begriffs, wie er sich in allen Prozessgesetzen finden muss und gefunden hat. Für jedes einzelne Prozessgesetz aber muss wieder, soweit es möglich ist, gesondert der Begriff aus der speciellen Behandlung, welche die positiv zugelassenen Zwischenstreitsfälle im Gesetz gefunden haben, aus dem Charakter der zugelassenen Streitpunkte bestimmt werden.

---

[2]) v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 828 f.

III. Als konstitutives Begriffselement darf man nun nicht aufstellen, dass es sich bezüglich des Gegenstandes des Streits um ein von einer Partei oder einem Dritten gegenseitig beanspruchtes, nur auf Grund einer Prozessrechtsnorm und nur im Prozesse bestehendes, also nur prozessuales Recht handeln muss. Denn unter den drei von den Motiven hervorgehobenen, zweifellosen Zwischenstreitsfällen befindet sich auch der Streit über das auch ausserhalb des Prozesses bestehende Recht einer Partei, die dem Rechtsanwalt der Gegenpartei zur Ansicht überlassene Urkunde zurückzuerhalten (§. 126).

IV. Dagegen dürften für die genannten drei Fälle folgende gemeinsame Begriffs-Merkmale aufzustellen sein:

1) Innerhalb eines anhängigen Prozesses beansprucht eine Partei von einem Dritten oder dieser von ihr ein Recht, dessen Begründetheit vom Gegner bestritten wird,
2) die Entscheidung über die Begründetheit des Rechts ist möglicherweise indirekt präjudiciell für die Entscheidung des Rechtsstreits selbst,
3) daher findet vor der Entscheidung eine mündliche Verhandlung vor dem Prozessgericht statt,
4) und die Entscheidung erfolgt nur durch Zwischenurtheil,
5) gegen welches die Anfechtung durch sofortige Beschwerde statthaft ist.

V. Diese Merkmale sind m. E. so wichtig, dass, sofern dieselben im Wesentlichen fehlen, andere Streitigkeiten von Parteien mit Dritten, über welche im Prozesse mitentschieden wird, nicht als Zwischenstreite mit Dritten im Sinne der Civilprozessordnung betrachtet werden dürfen. Daher gehört insbesondre der Fall des §. 97 nicht hierher, der vielfach als wirklicher Zwischenstreit mit einem Dritten angesehen[3]) oder von dem wenigstens gesagt wird, er habe die Natur eines solchen Zwischenstreits.[4])

Zwar kann als Grund nicht angeführt werden, dass die Motive ihn nicht erwähnen, denn dieser Paragraph ist erst von der Reichsjustizkommission in den Gesetzesentwurf eingeschaltet worden.[5])

Aber:

1) Es ist nicht nothwendig, dass überhaupt ein Recht beansprucht wird, da die Auferlegung der Kosten auch von Amtswegen erfolgen kann,

[3]) Fitting, Lehrbuch, Anm. 2 zu §. 38. Reincke S. 131. Troll, Versäumnissurtheil, S. 141.

[4]) Gaupp, Anm. II zu §. 97.

[5]) Protokolle der R. I. K. in Hahn's Materialien, S. 34, 35, 520, 661—663 der amtlichen Ausgabe.

2) die Entscheidung ist niemals irgendwie präjudiciell für die Entscheidung des Rechtsstreits selbst,
3) daher kann sie ohne mündliche Verhandlung und muss
4) durch Beschluss, nicht durch Zwischenurtheil erfolgen.

Das einzig Gemeinsame ist die gleiche Anfechtbarkeit durch sofortige Beschwerde, die nicht massgebend sein kann. Vielmehr handelt es sich in diesem Fall nicht sowohl um einen Streit einer Partei mit einem Dritten, als wie um Auferlegung einer Strafe, welche das Gericht im öffentlichen Interesse einer pflichtgemässen, sorgsamen Rechtspflege und Führung des Prozesses zu verhängen befugt ist.[6]) Die Auferlegung der Strafe kommt allerdings den Parteien zu Gute.

Aehnlich liegt aber auch die Sache, wenn ein ausgebliebener Zeuge in die Kosten, die sein Ausbleiben verursacht hat, verurtheilt wird (§. 345). Wo ein Strafmoment hinzukommt, kann von Zwischenstreit nicht die Rede sein (vergl. §§. 355, 374, 601).

Ueberhaupt finden sich in der ganzen Civilprozessordnung nirgends Fälle, welche den vorhin erwähnten gleichgestellt werden können. Auf diese ist daher auch der Begriff des Zwischenstreits mit Dritten nach der Civilprozessordnung zu beschränken.

§. 26.

Entstehung und Verhandlung des Zwischenstreits mit Dritten.

I. Stets bedarf es zur Hervorbringung des Zwischenstreits einer ausdrücklichen Provokation einer der Parteien im Zwischenstreit. Das Gericht ist nicht befugt, von Amtswegen einzuschreiten und einen Zwischenstreit zu schaffen. In den Fällen der §§. 68, 126 ist „Antrag" nöthig, und die §§. 351 — 354 (367) verlangen ausdrückliche Verweigerung des Zeugnisses, bezw. Gutachtens, und zwar unter Angabe von Gründen (§. 355).

II. Für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze in Anwaltsprozessen gilt die Regel des §. 123. Die Ladung erfolgt in Grundlage der §§. 191 f. Abgesehen vom §. 126[1]) bedarf es jedoch regelmässig keiner besonderen Ladung, da der Antrag des §. 68 ohne Weiteres in einem zur mündlichen Verhandlung über den Rechtsstreit bestimmten Termin gestellt werden kann, bei Weigerung aber, ein Zeugniss oder Gutachten in dem vor dem erkennenden Gericht angesetzten Termin abzustatten, dieser Termin von selbst zur Verhandlung des Zwischenstreits bestimmt ist, und bei Weigerung vor dem beauftragten

[6]) Vergl. Planck, Lehrbuch I, S. 98.
[1]) Reincke, S. 158.

oder ersuchten Richter von dem Prozessgericht von Amtswegen ein Termin bestimmt wird, zu dem der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen werden (§. 354 Abs. 2).[2]) Auf die mündliche Verhandlung selbst sind principiell die Vorschriften der §§. 127—134, 140—150 anwendbar, jedoch gilt nicht der Satz, dass der Richter nur das mündlich Vorgetragene bei der Fällung der Entscheidung zu berücksichtigen hat. Dies letztere ist zwar nur ausdrücklich ausgesprochen in den §§. 353, 354 (367) für die Verhandlung über eine Zeugnissverweigerung, indem dann, wenn die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt ist, stets zunächst ein Mitglied des Prozessgerichts über die von dem Zeugen und den Parteien vor dem Richterkommissar abgegebenen Erklärungen Bericht zu erstatten hat, dagegen, wenn der Zeuge vor dem Prozessgericht selbst hat vernommen werden sollen und schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers seine Weigerung erklärt hat, die Berichterstattung nur eintritt, wenn der Zeuge im Termin nicht erschienen ist. Diese Berichterstattung kann nur den Zweck verfolgen, dem Gericht das bereits vorhandene Material für die Entscheidung des Streits darzulegen, also wird nicht bloss das mündliche Vorbringen berücksichtigt. Aber auch abgesehen von dieser ganz eigenartigen Berichterstattung der §§. 353, 354 muss in allen hierher gehörigen Fällen der Satz als Princip aufgestellt werden, dass dasjenige, was eine Zwischenstreitspartei bereits früher, sei es in einer andern mündlichen Verhandlung oder einem Schriftsatz oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers dem Gericht vorgetragen hat, damit auch schon Unterlage und Material für die Entscheidung des Zwischenstreits geworden ist. Dies ergiebt sich aus der einfachen Thatsache, dass es ein Versäumnissverfahren und ein Versäumnissurtheil im Sinne der §§. 295 — 312 hier nicht giebt.[3]) Wenn eine Zwischenstreitspartei daher den Termin zur mündlichen Verhandlung versäumt, so hat dies weiter keine Folge, als dass ihr die Möglichkeit genommen ist, die eignen Rechte dem Gericht durch mündlichen Vortrag näher darzulegen und zu begründen, das beanspruchte

---

[2]) Darüber, dass §. 331 hier nicht Anwendung findet, vergl. Schollmeyer, Zwischenstreit S. 86 Anm. 1. — A. A. Gaupp, Anm. I zu §. 331 (ohne Gründe).

[3]) Zur Begründung verweise ich auf die eingehenden Ausführungen bei Troll, Versäumnissurtheil, S. 140 f., und auf die Kritik der Wach'schen Vorträge in Gruchot's Beiträgen, Band 24 S. 599, 600. Vergl. ferner Francke, Nebenparteien, S. 89 f., v. Bülow in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 830, Wilmowsky und Levy, Anm. 3 Abs. 2 zu §. 312. Die Begründung bei Gaupp, Anm. III zu §. 312 und Seuffert, Anm. 3 zu §. 312; „Im Zwischenstreite mit Dritten giebt es keine Urtheile, folglich auch keine Versäumnissurtheile" verstehe ich allerdings nicht. Ist ein Zwischenurtheil kein Urtheil?

gegnerische Recht aber im Einzelnen zu bekämpfen. Das Gericht hat dann auf Grund der Akten, sowie des mündlichen Vortrags der erschienenen Zwischenstreitspartei zu entscheiden. Jedoch ist zu beachten, dass die Anträge der §§. 68, 126 nur in einer mündlichen Verhandlung gestellt werden können und ihre Wiederholung nöthig ist, wenn eine Vertagung der Verhandlung eingetreten ist.

Eine Beschränkung der Parteien in ihrer Befugniss, Thatsachen und Beweismittel zur Begründung ihrer Anträge geltend zu machen, ist durch §. 354, Abs. 3 für die vor dem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgte Zeugnissverweigerung angeordnet worden.

Sofern der Hauptprozess Anwaltsprozess ist, müssen auch die Zwischenstreitsparteien durch Anwälte sich vertreten lassen; eine Ausnahme besteht nur für Zeugen und Sachverständige (§§. 352, Abs. 2, 367).

Hinsichtlich der Beweismittel schreiben die §§. 68, 351 vor, dass Glaubhaftmachung genügt Hierfür gilt die Regel des §. 266. Diese Bestimmung fehlt im §. 126, daher muss hier eventuell das gewöhnliche Beweisverfahren in Kraft treten, also auch Eideszuschiebung und Auferlegung des Eides durch Beweisbeschluss (§. 426), sowie richterlicher Eid und Auferlegung des Eides durch bedingtes Zwischenurtheil (§. 439) zulässig sein.[4])

Eine eigenthümliche Stellung nimmt im Zwischenstreit diejenige Prozess-Partei ein, welche den Zwischenstreit ihrerseits nicht provoziert hat (§§. 68, 126), bezw. welche nicht die beweisführende Partei ist. Sie hat die Wahl, entweder, ob sie sich auf die Seite der einen oder anderen Zwischenstreitspartei stellen, oder ob sie sich überhaupt nicht betheiligen will. Im letztern Falle muss sie sich dessen bewusst sein, dass die im Zwischenstreit gefällte Entscheidung eine einheitliche, auch sie bindende ist. Daher wird stets beiden Parteien rechtliches Gehör gewährt. Der Nebenintervenient kann nicht der einen Partei gegenüber zugelassen und der anderen gegenüber abgewiesen werden.[5]) Ebenso bei der Weigerung des Zeugen. Wird dahin entschieden, dass der Zeuge

[4]) Mit Rücksicht auf §. 425 Abs. 1 erscheint es mir bedenklich, auch beim zugeschobenen Eid ein bedingtes Zwischenurtheil zuzulassen. Dagegen halte ich hier §. 426 Abs. 1 für anwendbar. Die Behauptung von Bülow's in Gruchot's Beiträgen, Band 22, S. 830: „Auf den Zwischenstreit (also trotz §. 266 auch im Falle der §§. 68, 352!) ergeht ein Zwischenurtheil, und zwar unbedingt oder durch Eid bedingt" ist jedenfalls zu weit gehend. — Soweit Glaubhaftmachung vorgeschrieben ist, kann zwar die eidliche Versicherung der Wahrheit angeordnet werden, aber nicht ein richterlicher Eid auferlegt werden. Vergl. Seuffert, Anm. 2 sub d zu §. 266, Gaupp Anm. I [2] zu §. 266.

[5]) Wach, Handbuch, S. 635 Nr. 6.

hinsichtlich der unter Beweis gestellten Thatsachen zur Zeugnissweigerung berechtigt sei, so kann die sich nicht betheiligende Partei nicht später den Streit dadurch erneuern, dass sie nun ihrerseits sich auf sein Zeugniss bezüglich der Negation dieser Thatsachen beruft. Sollte aber seine Weigerung für unbegründet erklärt werden, so kann sie sich auch auf diese Entscheidung berufen, wenn etwa die beweisführende Partei darauf auf den Zeugen verzichtet (§. 364). Für den §. 126 wird allerdings die Einheitlichkeit der Entscheidung von keinem Interesse sein.

Schliesst sie sich aber einer Zwischenstreitspartei an, so tritt sie zu dieser, selbst wenn diese im Rechtsstreit selbst ihr Gegner ist, in ein Verhältniss, das am meisten Aehnlichkeit mit der des zugelassenen selbstständigen Nebenintervenienten haben dürfte.[6]) Für die Verhandlung des Zwischenstreits würden daher auf die sich anschliessende Partei die Grundsätze des §. 66 zur entsprechenden Anwendung kommen. Nur kann dieselbe, wie schon hier bemerkt werden mag, wenn sie sich dem Dritten anschliesst, ihrerseits keine Rechtsmittel einlegen,[7]) sie hat dann stets an dessem Siege nur ein faktisches, nicht ein rechtliches Interesse, ihre Anschliessung beschränkt sich daher nur auf Unterstützung des Dritten in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht.

Wenn aber beide Prozessparteien den Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gestellt, oder sich auf denselben Zeugen berufen haben und auf Ablegung dieses Zeugnisses bestehen, so sind sie gleich Streitgenossen im Sinne des §. 59 zu behandeln. Hier kann jede von ihnen sofortige Beschwerde einlegen.

§. 27.

Beendigung des Zwischenstreits mit Dritten.

I. Der Zwischenstreit als solcher kann regelmässig durch Anerkenntniss oder Verzicht beendigt werden.

1) Ein Anerkenntniss liegt in der Zurücknahme des Antrags auf Zurückweisung der Nebenintervention, in der Anerkennung seitens des gegnerischen Rechtsanwalts, die Urkunde unverzüglich zurückgeben zu müssen, und in der Erklärung des Zeugen und Sachverständigen, die Weigerung nicht länger aufrechthalten zu wollen.

---

[6]) Vergl. auch Francke, Nebenparteien, S. 84.

[7]) Vergl. die Entsch. des R.-G's., Band 20 S. 378, sowie die Entsch. des R.-G's. vom 3. Dec. 1889 in Gruchot's Beiträgen, Band 34 S. 750, 751. Ferner Wach, Handbuch S. 636 No. 8.

2) Andererseits kann der Nebenintervenient auf die Nebenintervention, die Partei auf den Antrag, den gegnerischen Rechtsanwalt zur unverzüglichen Rückgabe zu verurtheilen, und die beweisführende Partei auf den Zeugen verzichten.

Dagegen kann auf die Vernehmung des Sachverständigen nicht verzichtet werden, weil die Erhebung eines Beweises durch Sachverständige nicht der Disposition der Parteien unterliegt.[1])

Verzichtet die beweisführende Partei auf einen sich weigernden Zeugen, und verlangt nunmehr die gegnerische Partei, dass der erschienene Zeuge vernommen wird, so entsteht bei erneuter Weigerung des Zeugen ein neuer Zwischenstreit (§. 364).

Wenn Anerkenntniss und Verzicht in der mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit erklärt werden, so dürfte nichts im Wege stehen, die §§. 277, 278 analog anzuwenden. Wird ein Antrag nicht gestellt, so ist der Zwischenstreit erledigt.[2]) Sollte Anerkenntniss und Verzicht dagegen nur in einem Schriftsatz erklärt werden, so hat der Richter, da die Entscheidung nicht bloss auf Grund der mündlichen Verhandlung ergeht, sie jedenfalls bei der Fällung der Entscheidung zu berücksichtigen, sofern dann überhaupt noch eine Entscheidung nöthig ist.

II. Die den Zwischenstreit beendigende Entscheidung kann nur ein — kontradiktorisches — Zwischenurtheil sein. Nur diese Entscheidungsform ist in sämmtlichen Zwischenstreitsfällen angeordnet.[3]) Auf das Zwischenurtheil finden die Grundsätze der §§. 279 — 292 entsprechende Anwendung. Ueber die Zulässigkeit eines bedingten Urtheils vergl. im Vorigen §. 26, Anm. 4. Eine Entscheidung in dem den Rechtsstreit selbst abschliessenden Endurtheil ist völlig unzulässig wegen Veränderung des gesetzlich angeordneten Rechtsmittelzuges.[4]) Daher ist der Erlass eines Zwischenurtheils nicht wie in §. 275 fakultativ, sondern obligatorisch.[5]) Durch ein in der Hauptsache ergehendes Versäumnissurtheil bleibt es jedenfalls wegen seiner Selbstständigkeit vom Hauptstreit völlig unberührt. Nach §. 702, No. 3 bildet es einen Zwangsvollstreckungstitel. Jedoch ist nur im Fall des §. 126 die Vollstreckung den Zwischenstreitsparteien überlassen,

---

[1]) Seuffert, Anm. zu §. 367 (bezw. des §. 364).

[2]) Vergl. die Entsch. des R.-G's. v. 12. Mai 1886 in Gruchot's Beiträgen, Band 30, S. 1129.

[3]) Reincke (S. 158) nimmt allerdings an, dass beim §. 126 die Entscheidung durch Beschluss erfolge. Diese Annahme ist offenbar irrthümlich.

[4]) Entsch. des R.-G's, Band XIII S. 414. Vergl. auch Band X S. 339, Band XV S. 413, XVIII S. 140, wonach, wenn die Entscheidung doch im Endurtheil erfolgt ist, dieselbe ihren Charakter als Zwischenurtheil nicht verliert.

[5]) Schepers in Gruchot's Beiträgen, Band 24 S. 866. Vergl. aber auch die in Anm. 2 citirte Entsch. des R.-G's.

welche in Grundlage des §. 769 zu geschehen hat. Im Uebrigen hat das Gericht selbst für die Durchführung der getroffenen Entscheidung zu sorgen, sei es nun durch Anwendung der sitzungspolizeilichen Vorschriften oder, bei Weigerung des Zeugnisses, durch Auferlegung der im §. 355 angeordneten Strafen.

Jedes Zwischenurtheil muss auch über die Kosten des Zwischenstreits entscheiden. Ausdrücklich ist dies allerdings nirgends ausgesprochen, denn wenn §. 96 auch sagt, dass die Bestimmungen der §§. 87—93 auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung finden sollen, so bezieht sich diese Bestimmung doch nur auf die Kosten der zugelassenen Nebenintervention, nicht auf die Kosten des Streits über die Zulassung.[6]) Aber die Natur der Sache ergiebt, dass eine Kostenentscheidung erfolgen muss, diese aber nicht in dem nur zwischen den Parteien ergehenden Endurtheil erlassen werden kann, und dass mangels anderweitiger Bestimmung die Vorschriften der §§. 87 f. auf die ein für sich bestehendes Leben im Prozesse habenden Zwischenstreite entsprechend anzuwenden sind.[7])

III. Die Anfechtung des Zwischenurtheils erfolgt in allen Fällen nur durch sofortige Beschwerde nach den für dieselbe geltenden gewöhnlichen Regeln. Es ist also selbstständiger Rechtskraft fähig, die die Parteien durch Zustellung herbeizuführen haben. Wird die sofortige Beschwerde eingelegt, so ist nur hervorzuheben, dass nunmehr an die Stelle der früheren obligatorischen mündlichen Verhandlung eine bloss fakultative (§. 536) tritt.

Eine Hemmung des Verfahrens im Hauptstreit, in Folge des Erlasses eines Zwischenurtheils tritt regelmässig nicht, sondern nur dann ein, wenn durch Zwischenurtheil die Weigerung eines Zeugen oder Sachverständigen zur Abgabe des Zeugnisses etc. für unbegründet erklärt ist. Hier muss Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung abgewartet werden.[8])

§. 28.

Vergleichung der beiden Zwischenstreitsarten.

Als Endergebniss stellt sich uns dar, dass man von einem inneren Zusammenhang zwischen den beiden Arten des Zwischenstreits nach der Civilprozessordnung wohl kaum sprechen kann. Begrifflich sowohl wie hinsichtlich ihrer praktischen Bedeutung gehen sie weit auseinander und das einzig Gemeinsame bildet eigentlich nur, dass sich bei beiden ein Verhandlungsgegenstand

---

[6]) Seuffert, Anm. 1 und 2 zu §. 96.
[7]) Vergl. Planck, Lehrbuch I S. 381.
[8]) Seuffert, Anm. 3 Abs. 2 zu §. 352.

in den Prozess einschiebt, der zwar mit der Verhandlung über den eigentlichen Streitgegenstand in Zusammenhang steht, ihn selbst aber nicht unmittelbar betrifft. Dies rechtfertigt den Namen „Zwischenstreit“ bei beiden.

Während aber beim Zwischenstreit mit Dritten der sich einschiebende Verhandlungsgegenstand ein ganz bestimmter ist, lässt sich beim Zwischenstreit unter den Parteien nicht genau ermitteln, welches seine Anwendungsfälle im Einzelnen nach der Civilprozessordnung sind. Sein Gebiet ist unbegrenzt und unbegrenzbar. Wenn die Motive als Beispiele Beweisstreitigkeiten anführen, so sind dieselben allerdings zutreffend, aber eben nur Beispiele, die das Gebiet nicht erschöpfend ausfüllen. Jede einzelne relevante Prozessbegründungs-, Prozessfortführungs- und Prozessbeendigungshandlung kann, wenn die Gültigkeit der geschehenen oder die Zulässigkeit der beabsichtigten Handlung Bedenken bei dem kompetenten Prozesssubjekt (der Gegenpartei oder dem Gericht) erregt und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wird, damit auch zum Gegenstand eines Zwischenstreits unter den Parteien werden. So mannigfaltig aber diese Handlungen und die Bedenken, welche sich an ihre Gültigkeit oder Zulässigkeit knüpfen können, sein können, so mannigfaltig kann auch der Gegenstand eines Zwischenstreits unter den Parteien sein.